

DIE ANSPRÜCHE UND RECHTE DES MIT
DER OBJEKTÜBERWACHUNG DER
GEBÄUDEERRICHTUNG BEAUFTRAGTEN
ARCHITEKTEN UND INGENIEURS
BEI BAUABLAUFSTÖRUNGEN

NATALIE HENRICI

Vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Technischen Universität Darmstadt (Hochschulkennziffer D 17)

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

genehmigte Dissertation

über

die Ansprüche und Rechte des mit der Objektüberwachung der Gebäudeerrichtung
beauftragten Architekten und Ingenieurs bei Bauablaufstörungen

von Rechtsanwältin Natalie Henrici aus Darmstadt.

1. Prüfer: Prof. Dr. Axel Wirth

2. Prüferin: Jun.-Prof. Dr. Janine Wendt

Tag der Einreichung: 18.12.2015

Tag der mündlichen Prüfung: 20.04.2016

Natalie Henrici (geb. Rott) hat nach ihrer Ausbildung zur Fachangestellten für Bürokommunikation bei einer Stadtverwaltung die Fachhochschulreife erworben und nach Erlangung des Vordiploms als Wirtschaftsjuristin an der Fachhochschule Frankfurt am Main Rechtswissenschaften an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz studiert. Nach dem Referendariat am Landgericht Darmstadt hat sie an der Technischen Universität Darmstadt am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Axel Wirth promoviert und arbeitet als Rechtsanwältin für eine erfolgreiche Anwaltssozietät, die sich in den Bereichen Bau-, Architekten-, Vergabe- und Immobilienrecht spezialisiert hat.

Darmstadt, Mai 2016

VORWORT

Die vorliegende Doktorarbeit wurde im Februar 2016 vom Dekanat des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Darmstadt angenommen. Die Disputation fand am 20. April 2016 statt. Rechtsprechung und Literatur fanden bis Dezember 2015 Berücksichtigung.

Das Anliegen dieser Arbeit ist es, die Ansprüche und Rechte des bauüberwachenden Architekten und Ingenieurs bei Bauablaufstörungen ausführlich darzustellen, systematisch zu erörtern und ins Verhältnis zueinander zu setzen.

Ich bedanke mich sehr bei Herrn Prof. Dr. Axel Wirth für die Betreuung meiner Promotion sowie bei Frau Jun.-Prof. Dr. Janine Wendt als Zweitkorrektorin für die zeitnahe Gutachtenerstellung.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meiner Familie, insbesondere meinen großartigen Eltern, Ulrike und Eduard Rott, die mich immer unterstützen und stets hinter mir und meinen Entscheidungen stehen. Großer Dank geht auch an meinen liebevollen Ehemann, Stefan Henrici, der mich gelehrt hat, niemals den Glauben an sich selbst zu verlieren.

Besonders bedanken möchte ich mich außerdem bei Frau Richterin Denise Henker, Frau Dipl.-Ing. Kerstin Gruber, Herrn Dipl.-Ing. (FH) Andreas Schrauder und Herrn Henning Haist M.Eng., die meine Dissertation mit großem Engagement und Akkuranz Korrektur gelesen und mich durch praxisbezogene Anregungen inspiriert haben. Vielen Dank fürs Durchhalten!

Darmstadt, 03. Mai 2016

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT	I
INHALTSVERZEICHNIS	III
ABBILDUNGSVERZEICHNIS.....	XIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XIV
EINLEITUNG	1
KAPITEL 1: GRUNDBEGRIFFE, RECHTSGRUNDLAGEN UND SYSTEMATISIERUNG	4
A. BEGRIFF DER BAUABLAUFSTÖRUNG	4
B. MEHRAUFWENDUNGEN UND MEHRLEISTUNGEN	7
C. RECHTLICHE GRUNDLAGEN.....	8
D. SYSTEMATISIERUNG DER ANSPRÜCHE UND RECHTE BEI BAUABLAUFSTÖRUNGEN	27
E. DOKUMENTATION	30
KAPITEL 2: ANSPRÜCHE UND RECHTE WEGEN MEHRLEISTUNGEN UND LEISTUNGSKÜRZUNGEN	32
A. EINFÜHRUNG IN DIE HONORIERUNG VON MEHRLEISTUNGEN.....	33
B. VOM VERTRAGSINHALT ERFASSTE MEHRLEISTUNGEN	42
C. HONORARANSPRÜCHE BEI LEISTUNGSÄNDERUNGEN	53
D. HONORARANSPRÜCHE BEI ISOLIERTER ERWEITERUNG DER VEREINBARTEN GRUNDLEISTUNGEN	107
E. ANSPRÜCHE AUS GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG.....	114
F. ANSPRÜCHE BEI LEISTUNGSKÜRZUNGEN	116
G. RECHTE UND SICHERUNGSANSPRÜCHE DES AUFTRAGNEHMERS BEI MEHRLEISTUNGEN.....	127
KAPITEL 3: VERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	146
A. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER HONORARRECHTLICHEN VEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	146
B. HONORARVEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	150
C. VERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	175
KAPITEL 4: ANSPRÜCHE UND RECHTE WEGEN UNTERLASSEN VON MITWIRKUNGSHANDLUNGEN	235
A. ENTSCHÄDIGUNGSANSPRUCH WEGEN UNTERLASSENER MITWIRKUNG NACH § 642 BGB	235
B. ANSPRUCH AUF AUFWENDUNGSERSATZ NACH § 304 BGB	262
C. KÜNDIGUNGSRECHT DES AUFTRAGNEHMERS BEI VERLETZUNG EINER MITWIRKUNGSHANDLUNG NACH § 643 BGB.....	263
D. ANSPRÜCHE AUS KÜNDIGUNG DES VERTRAGS WEGEN UNTERLASSEN VON MITWIRKUNGSHANDLUNGEN	266
E. SCHADENSERSATZANSPRÜCHE WEGEN VERLETZUNG VON MITWIRKUNGSPFLICHTEN.....	270

KAPITEL 5: ANSPRÜCHE WEGEN STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE	281
A. ANSPRUCH AUF HONORARANPASSUNG NACH § 313 ABS. 1 BGB.....	281
B. RECHT ZUR VERTRAGSAUFLÖSUNG NACH § 313 ABS. 3 BGB.....	289
ZUSAMMENFASSUNG UND RÉSUMÉ.....	292
LITERATURVERZEICHNIS.....	294

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG	1
KAPITEL 1: GRUNDBEGRIFFE, RECHTSGRUNDLAGEN UND SYSTEMATISIERUNG	4
A. BEGRIFF DER BAUABLAUFSTÖRUNG	4
I. <i>Anfangsverschiebung</i>	4
II. <i>Bauzeitverlängerung</i>	5
III. <i>Bauablaufunterbrechung</i>	6
IV. <i>Abgrenzung: Leistungsbeschleunigung</i>	6
B. MEHRAUFWENDUNGEN UND MEHRLEISTUNGEN	7
C. RECHTLICHE GRUNDLAGEN	8
I. BGB	8
II. HOAI	8
1. Anwendbare Fassung der HOAI	10
2. Anwendungsbereich	10
2.1. Entgelt	11
2.1.1 Keine Regelung sonstiger Vermögensansprüche	12
2.1.2 Keine Regelung von Vertragsinhalten	12
2.2. Von der HOAI erfasste Leistungen	12
2.3. Leistungen von Architekten und Ingenieuren	14
2.4. Sitz im Inland und Erbringung der Leistung vom Inland aus	15
3. Bestimmung des Honorarrahmens	15
3.1. Leistungsbild	16
3.2. Anrechenbare Kosten	16
3.2.1 Baukostenermittlung anhand der DIN 276-1	16
3.2.2 Maßgeblichkeit der Kostenberechnung – Abkopplung der Honorarberechnung von den tatsächlichen Baukosten	17
3.2.2.1 Ursprungsfassung der HOAI von 1976	18
3.2.2.2 5. Novelle der HOAI 1996/2002	18
3.2.2.3 6. Novelle der HOAI 2009	19
3.3. Honorarzone	19
3.3.1 Bestimmung der Honorarzone	20
3.3.2 Folgen einer falschen Bestimmung der Honorarzone	20
3.4. Honorartafel	21
3.4.1 Regelungsumfang der Honorartafel	21
3.4.2 Teilweise Beauftragung von Leistungsphasen und Grundleistungen nach §§ 8, 9 HOAI	23
3.4.2.1 Anteilige Beauftragung von Grundleistungen	23
3.4.2.2 Anteilige Beauftragung von Grundleistungen	23

3.4.3	Zwischenstufen der Honorartabelle	23
3.4.4	Bestimmung eines Honorarsatzes	25
III.	VOB/B.....	25
D.	SYSTEMATISIERUNG DER ANSPRÜCHE UND RECHTE BEI BAUABLAUFSTÖRUNGEN	27
I.	<i>Ursachenfeststellung der Bauablaufstörung</i>	27
II.	<i>Spezielle Beurteilung von Mehrleistungen</i>	28
III.	<i>Keine Ansprüche bei mangelhafter Leistung</i>	29
IV.	<i>Spezielle Beurteilung von vertraglichen Vereinbarungen</i>	29
V.	<i>Anwendung gesetzlicher Ansprüche</i>	29
E.	DOKUMENTATION	30
KAPITEL 2: ANSPRÜCHE UND RECHTE WEGEN MEHRLEISTUNGEN UND		
LEISTUNGSKÜRZUNGEN		32
A.	EINFÜHRUNG IN DIE HONORIERUNG VON MEHRLEISTUNGEN	33
I.	<i>Grundbegriffe</i>	33
II.	<i>Normenentwicklung und -verhältnis der Honorarvorschriften über Leistungsänderungen und</i> <i>isolierte Wiederholungsleistungen</i>	35
1.	Normenentwicklung der Honorarvorschriften über Leistungsänderungen	35
2.	Normenentwicklung der Honorarvorschriften über isolierte Wiederholungsleistungen	37
3.	Normenverhältnis des § 7 Abs. 1, 5 zu § 10 HOAI.....	39
4.	Normenverhältnis des § 10 Abs. 1 zu § 10 Abs. 2 HOAI	41
B.	VOM VERTRAGSINHALT ERFASSTE MEHRLEISTUNGEN	42
I.	<i>Optimierungsleistungen</i>	42
II.	<i>Erheblichkeitsschwelle</i>	45
III.	<i>Vertragliche Regelung über die Abgeltung von Mehrleistungen</i>	47
1.	Auslegung des Vertragsinhalts.....	47
2.	Wirksamkeit der Vertragsklauseln nach den Vorschriften der HOAI	50
3.	Zulässigkeit nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB	51
3.1.	Vorliegen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung nach § 305 BGB	51
3.2.	Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	52
C.	HONORARANSPRÜCHE BEI LEISTUNGSÄNDERUNGEN	53
I.	<i>Honoraranspruch für die bis zur Leistungsänderung erbrachten Grundleistungen</i>	56
1.	Bestimmung des Umfangs der erbrachten Grundleistungen	56
2.	Honorarberechnungsgrundlage	56
2.1.	Honorarbemessung bei wirksamer Honorarvereinbarung.....	57
2.1.1	Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter	57
2.1.2	Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars	58
2.1.2.1	Vereinbarung eines Pauschalhonorars für sämtliche Grundleistungen.....	58
2.1.2.2	Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen.....	59
2.2.	Honorarberechnungsgrundlage bei unterbliebener oder unwirksamer Honorarvereinbarung.....	61
II.	<i>Honoraranspruch für die von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen nach § 311 Abs. 1</i> <i>BGB i.V.m. § 10 Abs. 1 HOAI</i>	63

1.	Voraussetzungen der Honoraranpassung	63
1.1.	Einigung über die Änderung des Leistungsumfangs nach § 311 Abs. 1 BGB	63
1.1.1	Vorliegen einer Einigung.....	64
1.1.1.1	Formfreiheit der Vertragsänderung	65
1.1.1.2	Einigung während der Laufzeit des Vertrags	65
1.1.1.3	Erfordernis einer wirksamen Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI.....	65
1.1.2	Fehlende Einigung der Parteien – Anordnungsrecht des Auftraggebers	66
1.1.2.1	Verweigerung der Leistungsänderung vom Auftragnehmer	66
1.1.2.2	Verweigerung der Leistungsänderung vom Auftraggeber.....	68
1.1.3	Einigung über die Änderung des Umfangs der beauftragten Leistung	68
1.2.	Keine Änderung zu einem anderen Gebäude.....	70
1.3.	Änderung der anrechenbaren Kosten	70
1.3.1	Verringerung und Erhöhung der anrechenbaren Kosten.....	70
1.3.2	Ursachenzusammenhang	71
1.3.3	Geringfügigkeitsschwelle	71
2.	Rechtsfolge: Anspruch auf Honoraranpassung.....	72
2.1	Schriftliche Vereinbarung der Honoraranpassung	73
2.1.1	Vergleich mit der Honorarbestimmung bei vorhandener Bausubstanz nach § 4 Abs. 3 HOAI.....	73
2.1.2	Vergleich mit der Honoraranpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B	75
2.2	Umfang der Honoraranpassung	76
2.2.1	Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage.....	77
2.2.1.1	Anpassung der anrechenbaren Kosten.....	77
2.2.1.2	Anpassung der Honorarzone.....	77
2.2.1.3	Keine Anpassung des Honorarsatzes	78
2.2.2	Anpassung der Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind.....	80
2.2.2.1	Änderungsleistungen	80
2.2.2.1.1	Umfang der Änderungsleistungen.....	81
2.2.2.1.2	Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage	81
a)	Honoraranpassung bei wirksamer Honorarvereinbarung.....	81
(aa)	Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter.....	81
(bb)	Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars.....	83
(cc)	Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen	88
b)	Honoraranpassung bei unterbliebener oder unwirksamer Honorarvereinbarung.....	90
c)	Honoraranpassung bei Leistungsänderungen von Objektteilen.....	91
2.2.2.2	Wiederholungsleistungen	92
2.2.2.1.1	Umfang der Wiederholungsleistungen.....	92
2.2.2.1.2	Berechnungsgrundlage der Wiederholungsleistungen.....	92
2.2.2.1.3	Wiederholungsleistungen an Objektteilen	95
2.2.2.3	Änderungsbedingte Zusatzleistungen.....	100
2.2.2.3.1	Umfang der Zusatzleistungen	100
2.2.2.3.2	Berechnungsgrundlage der Zusatzleistungen	100
2.2.2.3.3	Zusatzleistungen an Objektteilen.....	103
	Anforderungen an die Dokumentation	106

D.	HONORARANSPRÜCHE BEI ISOLIERTER ERWEITERUNG DER VEREINBARTEN GRUNDLEISTUNGEN	107
I.	<i>Anspruch auf Zahlung eines Wiederholungshonorars nach § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 10 Abs. 2 HOAI</i>	107
1.	Voraussetzungen des Anspruchs auf Wiederholungshonorar nach § 10 Abs. 2 HOAI	108
1.1.	Einigung über die Wiederholung von Grundleistungen nach § 631 BGB	108
1.2.	Keine Änderung der anrechenbaren Kosten	108
2.	Rechtsfolge: Anspruch auf Vereinbarung eines Honorars für die Wiederholungsleistung	108
2.1	Schriftliche Vereinbarung des Wiederholungshonorars	108
2.2	Höhe des Wiederholungshonorars	109
2.2.1	Umfang der Wiederholungsleistungen	109
2.2.2	Honorarberechnungsgrundlage	109
2.2.2.1	Keine Änderung der Honorarberechnungsgrundlage	109
2.2.2.2	Honorarberechnung	110
II.	<i>Anspruch auf Zahlung des Zusatzhonorars nach § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 8 HOAI</i>	111
	<i>Anforderungen an die Dokumentation bei isolierter Erweiterung des Leistungsumfangs</i>	113
E.	ANSPRÜCHE AUS GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG	114
I.	<i>Eröffnung des Anwendungsbereichs der HOAI</i>	114
II.	<i>Vereinbarkeit des Aufwendungsersatzanspruches mit den Regelungen der HOAI</i>	115
F.	ANSPRÜCHE BEI LEISTUNGSKÜRZUNGEN	116
I.	<i>Vorliegen einer Kündigungserklärung</i>	116
1.	(Teil-)Kündigungserklärung des Auftraggebers	116
2.	(Teilweise) Vertragsauflösung durch Einigung der Parteien	117
II.	<i>Zulässigkeit der Teilkündigung</i>	118
1.	Zulässigkeit der Teilkündigung nach § 649 Satz 1 BGB	118
2.	Zulässigkeit der Teilkündigung nach § 10 Abs. 1 HOAI	119
III.	<i>Berechnung des Anspruchs für entfallene Grundleistungen</i>	121
1.	Berechnungsweisen	121
2.	Honorarberechnung für die erbrachten Leistungen	122
3.	Entschädigungsanspruch für die entfallenen Leistungen	122
3.1	Honoraranspruch für die entfallenen Leistungen	122
3.2	Abzug der ersparten Aufwendungen	122
3.3	Abzug des anderweitigen (pflichtwidrig nicht erlangten) Erwerbs	124
3.4	Darlegungs- und Beweislast	125
3.5	Pauschalierung des Anspruchs für die entfallenen Leistungen nach § 649 Satz 3 BGB	126
	<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	127
G.	RECHTE UND SICHERUNGSANSPRÜCHE DES AUFTRAGNEHMERS BEI MEHRLEISTUNGEN	127
I.	<i>Leistungsverweigerungsrecht bei Mehrleistungen</i>	127
1.	Kein Leistungsverweigerungsrecht nach HOAI	128
2.	Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB	129
2.1	Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts	129
2.1.1	Gegenseitiger Vertrag	129
2.1.2	Gegenseitige Leistungspflichten	129
2.1.3	Wirksame, fällige und durchsetzbare Gegenforderung	130

2.1.4	Eigene Vertragstreue.....	130
2.1.5	Nichtbewirken der Gegenleistung	130
2.1.6	Vorleistungspflicht des Schuldners.....	132
2.1.6.1	Vorrang der Honorarvereinbarung nach § 10 HOAI.....	132
2.1.6.2	Verstoß gegen Treu und Glauben bei bestimmter und endgültiger Verweigerung.....	133
2.1.6.2.1	Ordnungsgemäße Darlegung der Vertragsanpassung.....	133
2.1.6.2.2	Vorliegen einer bestimmten und endgültigen Verweigerung.....	134
2.1.6.2.3	Erheblichkeitsgrenze und Schikaneverbot	136
2.1.6.3	Ablehnung des Leistungsverweigerungsrechts nach den Kooperationspflichten der Parteien....	137
2.1.7	Geringfügigkeitsschwelle nach § 320 Abs. 2 BGB.....	138
2.1.8	Vertraglicher Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts.....	138
2.2	Rechtsfolge.....	138
2.2.1	Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts.....	138
2.2.2	Umfang der Leistungsverweigerung.....	139
	<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	<i>140</i>
II.	<i>Kündigungsrecht des Auftragnehmers analog § 314 BGB</i>	<i>140</i>
1.	Analoge Anwendbarkeit des § 314 BGB	140
2.	Voraussetzungen.....	141
2.1.	Wichtiger Grund.....	141
2.2.	Entbehrlichkeit einer Aufforderung zur Abhilfe unter Fristsetzung.....	141
2.3.	Kündigungsfrist analog § 314 Abs. 3 BGB.....	142
2.4.	Kündigungserklärung.....	142
3.	Rechtsfolgen der Kündigung	142
	<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	<i>143</i>
III.	<i>Anspruch auf Sicherheitsleistung, Leistungsverweigerungsrecht und Kündigung nach § 648a BGB</i>	<i>143</i>
1.	Anwendbarkeit auf Architekten- und Ingenieurverträge	143
2.	Sicherungsverlangen.....	143
3.	Zurückweisungsrecht wegen überhöhter Sicherheit.....	144
4.	Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrecht des Auftragnehmers.....	144
	<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	<i>145</i>
	KAPITEL 3: VERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	146
A.	HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER HONORARRECHTLICHEN VEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	146
I.	§ 21 HOAI 1976 – 1996/2002	146
II.	§ 4a HOAI 1996/2002	148
III.	§ 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009.....	149
B.	HONORARVEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	150
I.	Honorarvereinbarungen.....	150
1.	Pauschalhonorarvereinbarungen.....	151
2.	Zeithonorarvereinbarungen.....	152
II.	Wirksamkeit von Honorarvereinbarungen nach § 7 Abs. 1 HOAI.....	152
1.	Bei Auftragserteilung.....	152

1.1.	Begriff der Auftragserteilung.....	153
1.2.	Rechtsbindungswille der Vertragsparteien.....	153
1.3.	Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile	154
1.4.	Hinausschieben des Vertragsschlusses nach § 154 BGB.....	154
1.5.	Zulässigkeit eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Auftragserteilung und der Honorarvereinbarung.....	155
1.6.	Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers im Zeitpunkt der Auftragserteilung....	157
1.6.1.	Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers bei der Höhe der anrechenbaren Kosten	158
1.6.2.	Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers bei der Bestimmung der Honorarzone.....	158
1.6.3.	Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers bei der Bestimmung des Honorarsatzes.....	159
2.	Schriftform.....	160
3.	Im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze	160
III.	<i>Wirksame Überschreitung der Höchstsätze nach § 7 Abs. 4 HOAI.....</i>	<i>160</i>
1.	Vereinbarung eines Honorars oberhalb der Höchstsätze	161
2.	Schriftform.....	162
3.	Ungewöhnlich lang dauernde Grundleistungen	162
3.1.	Feststellung der gewöhnlich benötigten Zeitdauer	162
3.2.	Feststellung der tatsächlichen Zeitdauer – erstmalige Berücksichtigung bauablaufstörender Umstände	162
3.3.	Vorliegen ungewöhnlich lang andauernder Leistungen.....	163
4.	Zeitpunkt der Vereinbarung.....	164
5.	Umfang der Überschreitung des Höchstsatzes.....	166
6.	Empfehlung einer Vertragsklausel.....	167
IV.	<i>Folgen einer unwirksamen Honorarvereinbarung</i>	<i>167</i>
1.	Unzulässigkeit von Änderung des Honorars nach Vertragsschluss	167
1.1.	Nachträgliche Honorarvereinbarung.....	168
1.2.	Änderung wirksamer Honorarvereinbarungen.....	169
2.	Zulässige nachträgliche Honorarvereinbarungen	171
3.	Unzulässige Überschreitung der Höchstsätze.....	173
C.	VERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN ÜBER BAUABLAUFSTÖRUNGEN	175
I.	<i>Vereinbarungen eines Aufwendungsersatzanspruchs</i>	<i>175</i>
II.	<i>Vereinbarung eines Honoraranpassungsanspruchs.....</i>	<i>176</i>
III.	<i>Keine Vereinbarung eines Anspruchs durch Aufstellen eines Terminplans.....</i>	<i>178</i>
IV.	<i>Wirksamkeit der Klauseln</i>	<i>178</i>
1.	Wirksamkeit der Klauseln nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 HOAI.....	179
1.1.	Eröffnung des Anwendungsbereichs der HOAI	179
1.1.1.	Honorarrechtlicher Charakter des Aufwendungsersatzes	179
1.1.2.	Honorarrechtlicher Charakter der Honoraranpassung.....	181
1.2.	Erfüllung der Anforderungen an Honorarvereinbarungen nach § 7 Abs. 1 HOAI	184
1.2.1.	Bestimmbarkeit der Vereinbarung notwendiger Aufwendungen.....	184
1.2.2.	Bestimmbarkeit der Vereinbarung einer Honoraranpassung	185

1.2.2.1	Unbestimmbarkeit der Honoraranpassung.....	185
1.2.2.2	Honoraranpassung um die entstandenen Mehraufwendungen.....	186
1.2.2.3	Ergänzende Vertragsauslegung bei Honoraranpassungsklauseln.....	186
2.	Inhaltskontrolle der Vereinbarungen nach §§ 307 ff. BGB.....	187
2.1.	Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle auf Preisnebenabreden.....	188
2.2.	Disponibilität des § 313 BGB	189
2.3.	Unwirksamkeit der einseitigen Abweichung vom vereinbarten Honorar nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.....	189
2.4.	Unwirksamkeit der Voraussetzung des Verschuldens des Auftraggebers nach §§ 307 Abs. 1 Satz 1, 309 Nr. 12a BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	191
V.	<i>Anspruchsvoraussetzungen</i>	192
1.	Ablauf der beabsichtigten Bauzeit.....	192
1.1.	Vereinbarung der Bauzeit	192
1.1.1	Ausdrückliche Vereinbarung.....	192
1.1.2	Realistische Bemessung der (Regel-)Bauzeit.....	193
1.1.3	Keine Vereinbarung der Bauzeit.....	194
1.2.	Abstellen auf die (Regel-)Bauzeit	194
1.3.	Abstellen auf eine wesentliche Überschreitung der Bauzeit.....	194
2.	Ablauf eines zusätzlichen Zeitrahmens.....	195
3.	Vertretenmüssen des Auftragnehmers oder Auftraggebers.....	195
4.	Vereinbarung der Honoraranpassung.....	196
VI.	<i>Anspruchsumfang</i>	198
1.	Höhe des Anspruchs auf Erstattung der Mehraufwendungen.....	198
1.1.	Begriff der zu erstattenden Mehraufwendungen.....	199
1.1.1.	Abgeltung nach Zeitaufwand	200
1.1.2.	Pauschalierte Abrechnung durch Verhältnis der regulären zur überlangen Bauzeit.....	203
1.1.3.	Verrechnung der tatsächlichen Aufwendungen mit dem Honorar der Objektüberwachung.....	204
1.1.4.	Mehrhonorarberechnung anhand des prozentualen Anteils von zeitabhängigen und zeitunabhängigen Teilleistungen	206
1.1.5.	Gegenüberstellung des hypothetischen und des tatsächlichen Aufwands	207
1.2.	Ermittlung des Vertragsinhalts.....	208
1.2.1	Abgrenzung von Leistungs-Soll und Leistungserfolg	209
1.2.2	Bestimmung des Leistungs-Solls	209
1.2.3	Zeitabhängige und zeitunabhängige Grundleistungen	210
1.2.3.1	Zeitabhängige Grundleistungen	210
1.2.3.2	Zeitunabhängige Grundleistungen.....	211
1.2.3.3	Einordnung der Grundleistungen der Objektüberwachungsphase in zeitabhängige und zeitunabhängige Leistungen	212
1.2.3.3.1	Überwachungsleistungen	214
1.2.3.3.2	Grundleistungen der Bausteuerung und Dokumentation.....	215
1.2.3.3.3	Grundleistungen zur Kostenverfolgung.....	217
1.2.3.3.4	Grundleistungen zur Leistungsabnahme	220
1.2.3.3.5	Grundleistungen zur Leistungsübergabe	222
1.2.4	Umfang der abzugeltenden Mehraufwendungen	223

1.3.	Abgeltungsfähige Kostenarten	224
1.3.1.	Löhne und Gehälter	224
1.3.2.	Subunternehmerkosten	224
1.3.3.	Allgemeine Geschäftskosten und Handlungskostenzuschlag	225
1.3.4.	Unternehmerischer Gewinn	225
1.3.5.	Nebenkosten	226
1.4.	Begrenzung des Anspruchs nach der HOAI	227
1.5.	Vertraglich vereinbarte Höchstgrenze	227
1.6.	Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers	227
1.6.1	Grundsätzliche Anforderungen	227
1.6.2	Qualifizierte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast	228
1.6.3	Bewertung der Kritik an der Darlegungs- und Beweislast	230
	<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	231
2.	Höhe der Honoraranpassung	232
VII.	<i>Regelungsumfang der Vertragsklauseln</i>	232

KAPITEL 4: ANSPRÜCHE UND RECHTE WEGEN UNTERLASSEN VON

MITWIRKUNGSHANDLUNGEN235

A.	ENTSCHÄDIGUNGSANSPRUCH WEGEN UNTERLASSENER MITWIRKUNG NACH § 642 BGB.....	235
I.	<i>Anwendbarkeit der HOAI</i>	235
II.	<i>Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB</i>	238
1.	Unterlassen einer Mitwirkungshandlung	238
1.1.	Verletzung von Mitwirkungshandlungen durch Handlungen Dritter	239
1.2.	Naturereignisse	240
2.	Erforderlichkeit der Mitwirkungshandlung zur Herstellung des Werkes	240
3.	Annahmeverzug	240
3.1.	Angebot des Auftragnehmers	241
3.2.	Vorübergehende Annahmeverhinderung nach § 299 BGB	242
3.3.	Keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer nach § 297 BGB	242
3.4.	Erfordernis einer Behinderungsanzeige und Aufforderung zur Vornahme an den Auftraggeber ...	243
4.	Kein Verschulden des Auftraggebers	244
III.	<i>Rechtsfolge: Entschädigung</i>	244
1.	Zeitliche Begrenzung des Anspruchs	245
1.1.	Zeitraum des Annahmeverzugs	245
1.2.	Tatsächliche Auswirkungen des Annahmeverzugs	246
1.3.	Bewertung der Ansichten	247
2.	Berechnungsmethoden	249
2.1.	Ermittlung „von unten nach oben“	249
2.2.	Ermittlung „von oben nach unten“	250
2.3.	Bewertung der Ansichten	251
3.	Umfang des Entschädigungsanspruches	252
3.1.	Umfang des Entschädigungsanspruches bei der Berechnung „von unten nach oben“	252
3.1.1	Personal-, Materialkosten und Allgemeine Geschäftskosten	252
3.1.2	Gewinn- und Wagnisanteil	253

3.2.	Anrechnung ersparter Aufwendungen und das ersatzweise Erlangte.....	258
IV.	<i>Beweislast- und Darlegungslast; richterliche Schätzung nach § 287 ZPO.....</i>	258
1.	Erfordernis einer baustellenbezogenen Darstellung	259
2.	Schätzung nach § 287 ZPO.....	260
	<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	261
B.	ANSPRUCH AUF AUFWENDUNGERSATZ NACH § 304 BGB	262
C.	KÜNDIGUNGSRECHT DES AUFTRAGNEHMERS BEI VERLETZUNG EINER MITWIRKUNGSHANDLUNG NACH § 643 BGB	263
I.	<i>Voraussetzungen des Kündigungsrechtes.....</i>	263
1.	Voraussetzungen des § 642 Abs. 1 BGB.....	263
2.	Schwere der Mitwirkungsverweigerung.....	263
3.	Ablauf einer angemessen gesetzten Frist unter Kündigungsandrohung.....	264
4.	Erklärung der Vertragskündigung nach Fristablauf.....	265
II.	<i>Kein Erfordernis einer gesonderten Kündigungserklärung.....</i>	265
III.	<i>Rechtsfolgen.....</i>	266
D.	ANSPRÜCHE AUS KÜNDIGUNG DES VERTRAGS WEGEN UNTERLASSEN VON MITWIRKUNGSHANDLUNGEN.....	266
I.	<i>Anspruch auf Teilhonorar und Auslagenersatz bei Kündigung des Auftragnehmers nach §§ 645 Abs. 1 Satz 2, 643 BGB.....</i>	266
II.	<i>Anspruch auf volles Honorar bei Kündigung des Auftragnehmers wegen Unterlassen von Mitwirkungshandlungen vom Auftraggeber</i>	267
1.	Anspruch auf volles Honorar nach § 649 BGB.....	267
2.	Anspruch auf volles Honorar analog § 649 Satz 2 BGB.....	268
3.	Anspruch auf volles Honorar nach § 326 Abs. 2 BGB.....	269
E.	SCHADENSERSATZANSPRÜCHE WEGEN VERLETZUNG VON MITWIRKUNGSPFLICHTEN.....	270
I.	<i>Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht.....</i>	270
1.	Vereinbarung einer Mitwirkungshandlung als Haupt- oder Nebenleistungspflicht.....	271
2.	Vertretenmüssen.....	272
3.	Schadensersatzanspruch neben der Leistung wegen Verletzung einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht nach § 280 Abs. 1 BGB.....	274
3.1	Anspruchsumfang	274
3.2	Darlegungs- und Beweislast.....	275
4.	Schadensersatz statt der Leistung wegen Verzugs nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB.....	276
4.1	Ablauf einer angemessen gesetzten Frist oder Entbehrlichkeit.....	276
4.2	Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung.....	277
4.3	Anspruchsumfang	277
II.	<i>Ansprüche und Rechte ohne Vereinbarung der Mitwirkungshandlung als Vertragspflicht.....</i>	278
1.	Mitwirkungshandlung als Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB	278
2.	Vertretenmüssen.....	279
3.	Schadensersatzanspruch neben der Leistung wegen Verletzung einer Nebenpflicht, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.....	279
4.	Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Nebenpflicht, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282 BGB	279
4.1	Unzumutbarkeit der Leistungserbringung, § 282 BGB.....	280
4.2	Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung und Anspruchsumfang	280

<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	<i>280</i>
KAPITEL 5: ANSPRÜCHE WEGEN STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE	281
A. ANSPRUCH AUF HONORARANPASSUNG NACH § 313 ABS. 1 BGB.....	281
I. Anwendbarkeit der HOAI.....	281
II. Voraussetzungen des Honoraranpassungsanspruchs.....	283
1. Subsidiarität	283
2. Störung der Geschäftsgrundlage	284
2.1 Geschäftsgrundlage	284
2.2 Schwerwiegende Veränderung, die zur Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für den Betroffenen führen	285
2.3 Die Parteien hätten den Vertrag bei Kenntnis der Umstände nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten	286
III. Rechtsfolge: Honoraranpassung.....	288
IV. Darlegungs- und Beweislast.....	288
V. Durchsetzung der Vertragsanpassung.....	288
<i>Anforderungen an die Dokumentation</i>	<i>289</i>
B. RECHT ZUR VERTRAGSAUFLÖSUNG NACH § 313 ABS. 3 BGB.....	289
I. Unmöglichkeit der Vertragsanpassung	290
II. Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung.....	290
ZUSAMMENFASSUNG UND RÉSUMÉ.....	292
LITERATURVERZEICHNIS.....	294

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

<i>Abbildung 1: Anfangsverschiebung bei analoger Verschiebung der Bauzeit</i>	5
<i>Abbildung 2: Bauzeitverlängerung</i>	5
<i>Abbildung 3: Leistungsunterbrechung</i>	6
<i>Abbildung 4: Leistungsbeschleunigung</i>	7
<i>Abbildung 5: Von der HOAI erfasste Leistungen</i>	14
<i>Abbildung 6: Honorartafel für Grundleistungen bei Gebäuden nach § 35 Abs. 2 HOAI</i>	22
<i>Abbildung 7: Mehrleistungen und Leistungskürzungen</i>	35
<i>Abbildung 8: Trennung erbrachter und nicht erbrachter Grundleistungen bei Leistungsänderung</i>	55
<i>Abbildung 9: Verhältnis von Bauzeit und Aufwendungen</i>	180
<i>Abbildung 10: Gegenseitigkeitsverhältnis von Honorar und Leistung</i>	181
<i>Abbildung 11: Aufwandsberechnung nach Zeithonorar</i>	200
<i>Abbildung 12: Aufwand bei Anfangsverschiebung</i>	201
<i>Abbildung 13: Aufwand bei Bauzeitunterbrechung</i>	201
<i>Abbildung 14: Aufwand bei Bauzeitverzögerung</i>	202
<i>Abbildung 15: Gegenüberstellung von Honorar und Aufwendungen</i>	205
<i>Abbildung 16: Hypothetische Aufwendungen und Mehraufwendungen</i>	208
<i>Abbildung 17: Zeitabhängige Teilleistung mit und ohne Bauzeitverzögerung</i>	211
<i>Abbildung 18: Zeitunabhängige Teilleistung</i>	211
<i>Abbildung 19: Unterscheidung zwischen zeitabhängigen und zeitunabhängigen Grundleistungen</i>	213
<i>Abbildung 20: Auszug aus den gesammelten Materialien des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, Band II S. 277</i>	255
<i>Abbildung 21: Kernpunkte zur Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen</i>	292

<h2 style="text-align: center;">ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</h2>
--

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
abzgl.	abzüglich
a. F.	alte Fassung
a. E.	am Ende
Abs.	Absatz
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht, Werner Verlag
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen, Carl Heymanns Verlag
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GOA	Gebührenordnung für Architekten
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
HBG	Honorarberechnungsgrundlage

HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieure (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) in der Fassung vom 26.06.2012
HOAI 1976	Verordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieure (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) in der Fassung vom 07.04.1976
HOAI 1996/2002	Verordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieure (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) in der Fassung vom 21.09.1995, eingearbeitet um die Änderungen zur Umstellung der HOAI auf den Euro vom 14.11.2001
HOAI 2009	Verordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieure (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) in der Fassung vom 11.08.2009
IBR	Zeitschrift für Immobilien und Baurecht, id Verlag
IngAlg	Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
IStR	Zeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung, Organ der Deutschen Vereinigung für Internationales Steuerrecht, International Fiscal Association. In Zusammenarbeit mit der Bundessteuerberaterkammer, Verlag C. H. BECK
JZ	JuristenZeitung, Mohr Siebeck Verlag
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Verlag Dr. Otto Schmidt
Mio.	Millionen
MRVG	Gesetz zur Verbesserung des Mietanstiegs und zur Regelung von Architekten- und Ingenieurleistungen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Verlag C. H. BECK
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report, Verlag C. H. BECK
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht, Verlag C. H. BECK
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, Verlag C. H. BECK
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Walter de Gruyter Verlag
S.	Satz
S/F/H	Schäfer/Finnern/Hochstein, Rechtsprechung zum privaten Baurecht, Werner Verlag
sog.	sogenannte/r
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
z. B.	zum Beispiel
zzgl.	Zuzüglich
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht

Einleitung

Die **Errichtung eines Bauwerks ohne Bauablaufstörungen** gleicht einem Fußballspiel ohne Foul. In der Theorie angestrebt, ist beides in der Praxis, bedingt durch die Beteiligung von Menschen und weiteren nicht kalkulierbaren Faktoren, **faktisch ausgeschlossen** und daher als systemimmanent zu bezeichnen. Ein störungsfreier Bauablauf setzt voraus, dass sämtliche kalkulierten Umstände tatsächlich eintreffen. Dabei sind die konkreten Anforderungen des zu errichtenden Bauwerks, wobei Größe und Schwierigkeitsgrad eine besondere Rolle spielen, sowie die Rahmenbedingungen, wie den Witterungsverhältnissen und der Zuverlässigkeit der am Bau Beteiligten, nur eingeschränkt zu kalkulieren. Schwerlich vorhersehbar ist auch das Verhalten des Auftraggebers, der mitunter durch Planungsänderungen Bauablaufstörungen verursachen kann. 1

Die zum Alltag im Bauwesen gehörende Existenz von Bauablaufstörungen hat für den Bauüberwachenden Architekten bzw. Ingenieur in der Regel erhebliche **finanzielle Auswirkungen**. Dies umso extremer, je größer das Bauvorhaben ist. Das derzeit noch im Bau befindliche Konzerthaus Elbphilharmonie, welches auf dem ehemaligen Kaiserspeicher A im Hamburger Hafen errichtet werden soll, ist eines der bekanntesten Extrembeispiele dafür, dass Bauablaufstörungen zu gewaltigen Kostenexplosionen, sowohl auf Seiten des Bauunternehmens, als auch auf derjenigen des planenden und bauüberwachenden Auftragnehmers¹ führen können. Ursprünglich wurden im Jahr 2005 im Rahmen einer Machbarkeitsstudie die Kosten auf 186,7 Mio. € geschätzt², wobei die Fertigstellung für das Jahr 2010 angekündigt wurde³. Tatsächlich wurde mit dem Generalunternehmer im Frühjahr 2013 eine Vereinbarung getroffen, wonach das Gebäude zum Globalpau-schalpreis von 575 Mio. € fertig gestellt werden soll⁴. Da hierbei jedoch nicht die Vorplanungs- und Baukosten für den kommerziellen Teil mit einberechnet waren, belaufen sich die Gesamtkosten auf 789 Millionen Euro⁵, so dass die Elbphilharmonie nach der nunmehr für Januar 2017 2

¹ Im Rahmen dieser Arbeit wird für Architekten und Architektinnen sowie Ingenieure und Ingenieurinnen einheitlich der Begriff „Auftragnehmer“ verwendet. Sollte im Folgenden die männliche Form des Auftragnehmers, Architekten oder Ingenieurs verwendet werden, sind gleichermaßen Auftragnehmerinnen, Architektinnen und Ingenieurinnen gemeint.

² Bericht des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses „Elbphilharmonie“ der Bürgerschaft der freien und Hansestadt Hamburg vom 03.04.2014, Ds. 20/11500, S. 30.

³ <http://www.shz.de/hamburg/hamburger-elbphilharmonie-eroeffnung-im-januar-2017-id8663781.html> vom 01.03.2015.

⁴ <http://www.quer-magazin.at/home/10-2013/236>, Stand: 01.03.2015.

⁵ <http://www.quer-magazin.at/home/10-2013/236>, Stand: 01.03.2015.

geplanten Fertigstellung⁶ vermutlich das teuerste deutsche Kulturprojekt und das acht teuerste Gebäude der Welt sein wird⁷.

3 Die hohen Kostensteigerungen resultieren überwiegend aus Planänderungen, umfasst sind aber auch Mehrkosten im Millionenbereich, die alleine aus der Störung der Bauzeit an sich folgen. Bereits die vergleichsweise Einigung zum 4. Nachtrag im November 2008 beinhaltete 36,8 Mio. € Mehrkosten wegen Bauverzögerungen⁸. Die oftmals aus Kostensteigerungen folgenden Streitigkeiten gipfelten schließlich darin, dass die Betreibergesellschaft im Juli 2011 eine Feststellungsklage zur Klärung der Verantwortung für die Bauablaufstörungen erhob⁹. Wegen Vorhaltung von Personal und Baustelleneinrichtung, verursacht durch die Bauablaufstörung, stand eine Forderung von 100 Mio. € im Raum¹⁰. Dies betrifft überwiegend die Mehrkosten wegen Bauablaufstörungen des Bauunternehmens. Doch auch der Aufwand, der mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten oder Ingenieure ist an die Bauausführung gekoppelt, so dass deren Kosten durch Veränderungen des Bauablaufs ansteigen. Weicht der Bauablauf und damit die hieran anknüpfenden Aufwendungen von der Kalkulation des Bauüberwachenden in einem Umfang ab, der von diesem finanziell nicht mehr aufgefangen werden kann, drohen ihm erhebliche Verluste, bis hin zur Insolvenz. Nicht selten übernimmt daher der Insolvenzverwalter nach mehrjährigen Rechtsstreitigkeiten die Führung des Prozesses¹¹.

4 Hinzu tritt, dass Auftragnehmer, die zusätzliches Honorar wegen Bauablaufstörungen geltend machen, mit erheblichen **Schwierigkeiten in der Durchsetzung** zu kämpfen haben. Dabei finden sie sich in einem Urwald von möglichen Anspruchsgrundlagen wieder, aus dem ihnen ausschließlich mit fundierten strukturellen und systematischen Kenntnissen der Ausweg zu den im Einzelfall weitreichendsten Ansprüchen gelingen wird. Verstärkt wird dies durch die verbindliche Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI¹²), die in Europa vergleichbar nur noch

⁶ <http://www.shz.de/hamburg/hamburger-elbphilharmonie-eroeffnung-im-januar-2017-id8663781.html>, Stand: 01.03.2015.

⁷ <http://www.emporis.de/statistics/most-expensive-buildings>, Stand: 08.09.2014.

⁸ Bericht des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses „Elbphilharmonie“ der Bürgerschaft der freien und Hansestadt Hamburg vom 03.04.2014, Ds. 20/11500, S. 23.

⁹ <http://www.welt.de/regionales/hamburg/article13561526/Kosten-fuer-Elbphilharmonie-bei-500-Millionen.html>, Stand: 08.09.2014.

¹⁰ <http://www.welt.de/regionales/hamburg/article13561526/Kosten-fuer-Elbphilharmonie-bei-500-Millionen.html>, Stand: 08.09.2014.

¹¹ so etwa im Fall, der dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109 zu Grunde lag.

¹² Soweit im Folgenden auf die HOAI ohne Benennung einer Fassung Bezug genommen wird, ist hiermit stets die HOAI gemeint, die zum 17.07.2013 in Kraft getreten ist.

in Bulgarien, Griechenland, Luxemburg (nur bei öffentlichen Aufträgen) und Malta existiert und deren nunmehr 7. Novellierung im Jahre 2013 weiterhin einen erheblichen Klärungsbedarf aufweist.

Diese Arbeit widmet sich einer **systematischen Darstellung** der Ansprüche und Rechte des mit der Objektüberwachung beauftragten Architekten und Ingenieurs bei Bauablaufstörungen, insbesondere deren Voraussetzungen und Durchsetzbarkeit. Architekten und Ingenieure sind im Allgemeinen besonders zurückhaltend in der Forderung und Durchsetzung von Ansprüchen und Rechten, insbesondere im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen. Fundierte Kenntnisse über das Vorliegen von Ansprüchen und Rechten sowie die Absicherung einer möglichen Durchsetzung mittels einer bedachten Vertragsgestaltung und präventiven Dokumentation können hierfür die notwendigen Kenntnisse schaffen. Denn nur wer seine Ansprüche und Rechte kennt, ist auch selbstbewusst genug, diese durchsetzen.

5

Kapitel 1: Grundbegriffe, Rechtsgrundlagen und Systematisierung

6 Zentraler Kern dieser Arbeit ist das Vorliegen einer Bauablaufstörung. Hierzu wird dieser Begriff zunächst definiert und Erscheinungsformen vorangestellt. Anschließend erfolgt eine Gruppierung der Ursachen von Bauablaufstörungen, die Basis der Systematisierung der Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers sind.

A. Begriff der Bauablaufstörung

7 Als Bauablaufstörung wird eine Situation bezeichnet, bei der der tatsächliche Bauablauf vom vertraglich vereinbarten Bauablauf abweicht¹³. Entscheidend ist eine Abweichung des vereinbarten Bauablaufs vom tatsächlichen Bauablauf (sog. Soll-/Ist-Abweichung). Hiervon ist wiederum der Leistungsverlauf des Architekten oder Ingenieurs zu unterscheiden. **Bauablaufstörungen betreffen den zeitlichen Verlauf der Bauausführung, die unabhängig von der geplanten Leistungserbringung des Architekten oder Ingenieurs ist.** Der Eintritt einer Bauablaufstörung führt jedoch regelmäßig zu einer Veränderung der geplanten Leistungserbringung des Architekten oder Ingenieurs, da deren bauüberwachende Tätigkeiten wesentlich vom Bauablauf abhängig sind. Umgekehrt führen Veränderungen in der geplanten Leistungserbringung des Architekten oder Ingenieurs, bspw. Planänderungen, nicht automatisch zu einer Bauablaufstörung.

8 Bauablaufstörungen treten in unterschiedlichen Ausgestaltungen auf. Im Rahmen der Bauausführung kann es zu Anfangsverschiebungen, Bauzeitverlängerungen und Bauablaufunterbrechungen kommen. Die dargestellten Formen der Bauablaufstörungen treten im Rahmen eines Bauvorhabens selten vereinzelt, sondern häufig kumulativ auf. Zur Feststellung, ob dem Auftragnehmer aus Bauablaufstörungen zusätzliche Ansprüche und Rechte erwachsen, ist jede Bauablaufstörung für sich zu betrachten und deren Störungsursache festzustellen (hierzu ausführlich *Rdnr. 87 ff.*).

9 Hiervon abzugrenzen sind **Leistungsbeschleunigungen, die nicht unter den Begriff der Bauablaufstörung fallen**, sondern einen vom geplanten Bauablauf abweichenden Verlauf korrigieren sollen.

I. Anfangsverschiebung

10 Wenn der **Soll-Baubeginn von dem Ist-Baubeginn abweicht**, besteht eine Anfangsverschiebung vor¹⁴. In der Praxis tritt dies beispielsweise auf, wenn behördliche Genehmigungen nicht vorliegen oder die Finanzierung des Bauvorhabens zu Beginn der Bauausführung nicht gesichert

¹³ Olshausen, in: FS Korbion, S. 324 f.; Schramm/Schwenker, Rdnr. 41, 51.

¹⁴ Roquette/Viering/Leupertz, Rdnr. 164.

ist. Aus Anfangsverschiebungen können weitere Bauablaufstörungen resultieren, etwa wenn Nachunternehmer an anderen Baustellen zu einem späteren, als dem geplanten Zeitpunkt, Leistungspflichten erfüllen müssen.

Durch eine Anfangsverschiebung verschiebt sich das Soll-Bauende nicht zwangsweise¹⁵. Auch ohne Beschleunigungsmaßnahmen besteht die Möglichkeit, dass eine Anfangsverschiebung infolge bereits geplanter Stillstandszeiten oder unerwarteten Leistungssteigerungen aufgefangen werden kann. Kann die Anfangsverschiebung im Rahmen der Bauausführung nicht aufgefangen werden und folgen aus der Anfangsverschiebung keine zusätzlichen Bauablaufstörungen, wie bspw. Unterbrechungen, verschiebt sich das Soll-Bauende analog zum verspäteten Anfangszeitpunkt.



Abbildung 1: Anfangsverschiebung bei analoger Verschiebung der Bauzeit

II. Bauzeitverlängerung

Eine Bauzeitverlängerung liegt vor, wenn die Bauausführung zum Soll-Baubeginn anläuft und sich das Ist-Bauende über das Soll-Bauende hinaus verlängert¹⁶.

Bauzeitverlängerungen treten in der Praxis häufig dann auf, wenn die tatsächlichen Bauumstände, insbesondere Bodenverhältnisse, von den erwarteten Bauumständen abweichen. Regelmäßig wird hierdurch die Bauausführung nicht unterbrochen. Üblicherweise kann jedoch die Bauausführung nicht mit der geplanten Leistungsintensität voranschreiten, so dass sich das Soll-Bauende zeitlich nach hinten verschiebt.

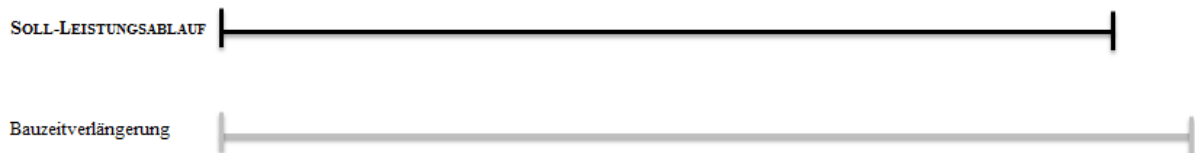


Abbildung 2: Bauzeitverlängerung

¹⁵ a. A. Schramm/Schwenker, Rdnr. 87.

¹⁶ Roquette/Viering/Leupertz, Rdnr. 166; Schramm/Schwenker, Rdnr. 88.

III. Bauablaufunterbrechung

- 14 Bauablaufunterbrechungen treten während der Bauausführung auf, **wenn aufgrund störender Einflüsse die Leistung ausgesetzt werden muss**¹⁷. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn infolge nicht kalkulierter Witterungseinflüsse die Bauausführung unterbrochen werden muss oder ein Baustopp wegen Planungsänderungen erforderlich ist.
- 15 Werden Bauablaufunterbrechungen nicht durch im Soll-Bauablauf bereits eingeplante Leerläufe oder unerwartete Leistungssteigerungen aufgefangen, verschiebt sich das Soll-Bauende analog um den Zeitraum der Leistungsunterbrechung.



Abbildung 3: Leistungsunterbrechung

IV. Abgrenzung: Leistungsbeschleunigung¹⁸

- 16 Die Einhaltung des Fertigstellungstermins kann von erheblicher (meist finanzieller) Bedeutung sein, bspw. wenn Ansprüche auf Verzugsschadensersatz oder die Zahlung von Vertragsstrafen im Raum stehen oder wenn Anschlussaufträge bedient werden sollen. Droht durch Bauablaufstörungen die Überschreitung des Soll-Bauendes, können zur rechtzeitigen Fertigstellung der Baumaßnahme Beschleunigungsmaßnahmen ergriffen werden. Hierdurch wird die **Produktivität der am Bau Beteiligten mittels vermehrten Personal- und Maschineneinsatzes erhöht**, um eine frühere Fertigstellung zu erreichen, als dies bei unveränderten Ressourcen der Fall wäre¹⁹.

¹⁷ Roquette/Viering/Leupertz, Rdnr. 165.

¹⁸ Leistungsbeschleunigungen stellen einen eigenen besonders umfangreichen Teilbereich dar. Eine angemessene Darstellung dieser Folgenbeseitigungsaspekte bedarf einer eigenen – von dieser Arbeit unabhängigen – Darstellung.

¹⁹ Schramm/Schwenker, Rdnr. 93.



Abbildung 4: Leistungsbeschleunigung

B. Mehraufwendungen und Mehrleistungen

Mehrleistungen und Mehraufwendungen sind im Folgenden begrifflich zu unterscheiden: 17

Mehraufwendungen entstehen, wenn der Auftragnehmer zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung einen höheren Aufwand hat, als dies nach den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss zu erwarten war. Dies verursacht regelmäßig Mehrkosten in Form von Personal- und Sachkosten²⁰. 18

Die Feststellung von Mehraufwendungen ist entscheidend für viele Ansprüche des Auftragnehmers im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen, wie 19

- Aufwendungs- und Honoraranpassungsersatzansprüche aus vertraglicher Vereinbarung (hierzu ausführlich *Rdnr. 589 ff.*)
- Schadensersatzansprüche nach §§ 280 ff. BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 824 ff.*)
- Anspruch auf Honoraranpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (hierzu ausführlich *Rdnr. 868 ff.*)

Mehrleistungen hingegen sind der Oberbegriff für Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen, die – abweichend vom bisher vereinbarten Leistungsumfang – aus der Änderung oder Ergänzung des Leistungsobjekts oder –umfangs folgen²¹. Auch hierdurch muss der Auftragnehmer einen höheren Aufwand erbringen, als dies die Parteien bei Vertragsschluss bedacht haben, wodurch ebenfalls Mehraufwendungen entstehen. Für Mehraufwendungen aus Mehrleistungen besteht die Besonderheit, dass diese auf einer Veränderung oder Ergänzung der vertraglichen Leistungen beruhen, bei den übrigen Mehraufwendungen hingegen bleibt der vereinbarte Leis- 20

²⁰ Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1039.

²¹ Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1039.

tungsumfang identisch. Weichen bspw. die Bodenverhältnisse in tatsächlicher Hinsicht von den ursprünglichen Vorstellungen der Parteien ab und wird hierdurch eine intensivere Bauausführung und damit auch –überwachung notwendig, bleiben die vereinbarten Leistungen (Bauobjekt und Grundleistungen) identisch. Lediglich die Intensität der vereinbarten Leistungen erhöht sich über die ursprünglichen Vorstellungen der Parteien hinaus²².

C. Rechtliche Grundlagen

- 21 Die Grundlagen für die Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers sind das BGB (*Ziff. I*) und die HOAI (*Ziff. II*). Bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung können auch Vertragsbedingungen der VOB/B Anwendung finden (*Ziff. III*).

I. *BGB*

- 22 Das BGB regelt die Rechtsbeziehungen zwischen Privatrechtspersonen²³. Hierunter fallen insbesondere die Begründung und Änderung von Schuldverhältnissen, wie dem Architekten- und Ingenieurvertrag. Vereinbaren die Parteien Architekten- und Ingenieurleistungen, schließen sie einen Werkvertrag nach § 631 BGB²⁴. Wird der Auftragnehmer ausschließlich mit der Objektüberwachung beauftragt, liegt ebenfalls ein Werkvertrag und kein Dienstvertrag vor²⁵. Der den Werkvertrag nach § 631 Abs. 2 BGB charakterisierende Werkerfolg liegt darin, dass der Bauüberwachende durch zahllose Einzelleistungen dafür zu sorgen hat, dass das Bauwerk plangeht, das heißt entsprechend den genehmigten Bauvorlagen sowie frei von Mängeln entsteht²⁶.
- 23 Das BGB regelt neben dem Entstehen eines Schuldverhältnisses auch den Umfang der Leistungspflichten und welche Ansprüche die Parteien haben.

II. *HOAI*

- 24 Ergänzt wird das BGB bei Architekten- und Ingenieurleistungen um die Honorarvorschriften der HOAI.

²² a. A. Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1039 wonach Mehraufwendungen nur als solche bezeichnet werden, wenn sie keine Mehrleistungen darstellen und daher beide Begriffe sich gegenseitig ausschließen.

²³ Urteil des BGH vom 28.03.1985 – VII ZR 180/84, NJW 1985, 2830; Morlock, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 383.

²⁴ Urteil des BGH vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79, NJW 1982, 438, 439; Urteil des BGH vom 7. 3. 1974 – VII ZR 217/72, NJW 1974, 898, 899; Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 f.; Irmeler, in: Irmeler, Einführung Rdnr. 1; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 23.

²⁵ Urteil des BGH vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79 NJW 1982, 438, 439; Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 115; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 235; Schmalzl, BauR 1977, 80, 81.

²⁶ Urteil des BGH vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79 NJW 1982, 438, 439; Urteil des BGH vom 06.12. 1979 – VII ZR 236/78, NJW 1980, 1101 f.; Urteil des BGH vom 10.03.1977 – VII ZR 278/75, NJW 1977, 898, 899; Urteil des BGH vom 07.03.1974 – VII ZR 217/72, NJW 1974, 898, 899; Beschluss des BGH vom 01.02.1965 – GSZ 1/64, NJW 1965, 1175 f.; Urteil des BGH vom 2. 5. 1963 – VII ZR 171/61, NJW 1963, 1401; Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 f.

Die HOAI ist eine von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Rechtsverordnung, deren Ermächtigungsgrundlage aus den vom Bundestag verabschiedeten §§ 1 und 2 des IngAlg folgt, das Bestandteil des MRVG vom 04.11.1971 ist. Der Bundestag sah die Einführung einer Honorarordnung für Architekten und Ingenieure neben weiteren Maßnahmen zur Verbesserung des Mietrechts und Begrenzung des Mietanstiegs aus folgenden Beweggründen für notwendig: 25

„In weiten Bereichen des Wohnungsmarktes besteht noch ein erheblicher Nachfrageüberhang. Durch den Anstieg der Baupreise wird diese Marktsituation noch verschärft. Diese Entwicklung führt zu einer Schwächung der Stellung des Mieters und zu einem erheblichen Ansteigen der Mieten. Der Gesetzentwurf soll den Schutz der Mieter vor Auswüchsen und Härten des im Ungleichgewicht befindlichen Wohnungsmarktes verstärken.“²⁷

Der Gesetzgeber sah daher den wesentlichen Zweck der Honorarbegrenzung in dessen vermeintlich positiven Einfluss auf die Mietpreise. 26

Die HOAI trat zum 01.01.1977 in Kraft und ersetzte die bislang geltende GOA, die bislang ausschließlich die Honorierung von Architekten umfasste. Der Verordnungsgeber nahm den Gesetzeszweck der Ermächtigungsgrundlage auf und war ebenfalls der Ansicht, dass die Wirtschaftlichkeit eines Bauwerks oder einer Anlage, also das Verhältnis von Ertrag und Aufwand, entscheidend von den Leistungen der Architekten und Ingenieure beeinflusst sei²⁸. Daher enthält die HOAI Höchstsätze, welche der Honorarhöhe der Architekten und Ingenieure eine Grenze setzen soll²⁹, die nur in besonderen Ausnahmefällen überschritten werden darf. Daneben sollen die Regelungen der HOAI den Architekten und Ingenieuren einen materiellen Anreiz geben, durch rationalisierungswirksame besondere Leistungen die Bau- und Nutzungskosten zu senken, um den fortschreitenden Mietanstieg einzudämmen³⁰. 27

Damit zugleich ein ruinöser Wettbewerb (sog. Dumpingpreise) verhindert wird, begrenzt die HOAI die Honorare auch durch die Festlegung von Mindestsätzen³¹. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass die Architekten und Ingenieure hierzu Lande einem starken Preiskampf ausge- 28

²⁷ BT-Drucks. VI/1549 S. 1.

²⁸ BR-Drucks. 270/76, S. 2.

²⁹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 09.02.1979 – 22 U 200/78, BauR 1979, 352, 353; Löffelmann/Fleischmann, in: Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 7.

³⁰ BR-Drucks. 270/76, S. 2.

³¹ Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Kuffer, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, Einleitung HOAI Rdnr. 9.

setzt sind, da Deutschland die größte Ingenieursdichte und drittgrößte Architektendichte in Europa aufweist³².

29 In ihrer Folgezeit wurde die HOAI bislang sieben Mal novelliert:

- 1. Novelle 1985, in Kraft getreten zum 01.01.1985
- 2. Novelle 1985, in Kraft getreten zum 01.06.1985
- 3. Novelle 1988, in Kraft getreten zum 01.04.1988
- 4. Novelle 1991, in Kraft getreten zum 01.01.1991
- 5. Novelle 1995, in Kraft getreten zum 30.09.1995
- 6. Novelle 2009, in Kraft getreten zum 18.08.2009
- 7. Novelle 2013, in Kraft getreten zum 17.07.2013

30 Auf diese Novellierungen wird im Folgenden noch Bezug genommen, da hierdurch zum einen Vorschriften der HOAI geschaffen, verändert und gestrichen wurden, die im Zusammenhang mit Honoraransprüchen wegen Bauablaufstörungen standen (hierzu ausführlich *Rdnr. 428ff.*). Zum anderen dienen sie der Auslegung der derzeit gültigen Normen, wodurch sie die Fortentwicklung der Verordnung darüber dokumentieren, die Vertragsparteien zur eigenen Vertragsgestaltung anzuhalten (hierzu ausführlich *Rdnr. 54 ff.*).

1. Anwendbare Fassung der HOAI

31 Die jeweils anwendbare Fassung der HOAI ist abhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die aktuellste Fassung der HOAI gilt für Verträge, die ab dem 17.07.2013 geschlossen wurden. Für die Verträge, die vorher geschlossen wurden, ist die jeweilige frühere Fassung der HOAI anzuwenden.

32 Anders als bei der VOB/B können die Vertragsparteien keine Vorgängerfassungen der HOAI vereinbaren, da die HOAI eine Rechtsverordnung und damit eine Gesetzesnorm darstellt. Sie bindet die unter ihren Anwendungsbereich fallenden Sachverhalte unmittelbar an die verabschiedeten gesetzlichen Regelungen.

2. Anwendungsbereich

33 Nach § 1 HOAI sowie der Ermächtigungsgrundlage, dem im MRVG enthaltenen IngAlg, regelt die HOAI das **Entgelt** für die Grundleistungen von Architekten und Ingenieuren mit Sitz im Inland, soweit die Grundleistungen von der Verordnung erfasst und vom Inland aus erbracht wer-

³² ARIN S. 230.

den. Die HOAI begrenzt hiernach die Vertragsfreiheit der Vertragsparteien hinsichtlich der Entgelthöhe der unter die HOAI fallenden Architekten- und Ingenieurleistungen³³. Die HOAI wird daher als **reines Preisrecht** bezeichnet³⁴.

2.1. *Entgelt*

Entsprechend der Begründung des Referentenentwurfs der HOAI 1976 stellt das Entgelt den Oberbegriff für das von dem Auftragnehmer geltend zu machende **Honorar und die Nebenkosten** dar³⁵. Demgegenüber berechtigt die Ermächtigungsgrundlage der HOAI vom 04.11.1971, § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 IngAlg, die Bundesregierung **alleine dazu, das Honorar zu regeln**³⁶.

Nach dem Wortlaut der Normen hätte die HOAI durch Erfassung der Nebenkosten einen weiteren Anwendungsbereich, als dies die Ermächtigungsgrundlage unter Bezugnahme auf das Honorar vorgibt. Bei strenger Wortlautinterpretation würden somit die Regelungen der HOAI zu den Nebenkosten auf keiner Ermächtigungsgrundlage basieren und wären unwirksam.

Zu beachten ist jedoch, dass die äußerste Grenze des Gesetzes durch den Wortsinn markiert wird³⁷. **Honorar ist nach dem Wortsinn die Gegenleistung für eine vermögenswerte Zuwendung**³⁸, worunter auch die Nebenkosten fallen, da auch diese durch die Leistungserbringung verursacht werden. Die Ermächtigungsgrundlage geht somit von einem weiten Honorarbegriff aus und bezweckt keinen Ausschluss von Nebenkosten.

³³ Urteil des BGH vom 24.10.1996 – VII ZR 283/95, NJW 1997, 586, 587; Urteil des BGH vom 28.03.1985 – VII ZR 180/84, NJW 1985, 2830; BR-Drucks. 270/76 S. 4; Irmeler, in: Irmeler § 1, Rdnr. 5.

³⁴ Urteil des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02, NZBau 2004, 509; Urteil des BGH vom 24.10.1996 – VII ZR 283/95, NJW 1997, 586, 587; Urteil des BGH vom 24.10.1996 – VII ZR 283/95, NJW 1997, 586, 587; Urteil des OLG Düsseldorf vom 22.02.2011 – I-23 U 218/09, BauR 2011, 1980, 1987, 1988; Irmeler, in: Irmeler § 1, Rdnr. 1; Jochem/Kaufhold, Vorbemerkungen, Rdnr. 52; Kuffer, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, Einführung Rdnr. 13; Morlock, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 383.

³⁵ BR-Drucks. 270/76 S. 4.

³⁶ BGBl. 1971 S. 1749 unter Art. 10 MRVG.

³⁷ Urteil des BGH vom 25.10.2006 – 1 StR 384/06, NJW 2007, 524, 525.

³⁸ Urteil des RG vom 30.01.1940 – V 76/38, RGZ 163, 348, 356; Irmeler, in: Irmeler § 1 Rdnr. 6; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 5.

2.1.1 *Keine Regelung sonstiger Vermögensansprüche*

37 Demgegenüber **fallen sonstige Vermögensansprüche nicht unter den Begriff des Entgelts**, wenn ihnen keine Leistung des Auftragnehmers gegenübersteht. Streitig ist die Einordnung von Ansprüchen des Auftragnehmers wegen Teilkündigung des Auftraggebers nach § 649 Satz 2 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 796 ff.*), wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (hierzu ausführlich *Rdnr. 331 ff.*), wegen unterlassener Mitwirkung nach § 642 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 700 ff.*) und wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 849 ff.*).

2.1.2 *Keine Regelung von Vertragsinhalten*

38 **Die HOAI bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen Architekten- und Ingenieurverträge zustande kommen³⁹ oder welchen Leistungsinhalt diese haben⁴⁰**. Hierfür sind die zivilrechtlichen Regelungen der §§ 145 ff. BGB maßgeblich. Die in der HOAI aufgelisteten Leistungen bestimmen somit auch nicht den Leistungsinhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen (sog. normative Leitbilder)⁴¹. Sie dienen alleine der Bestimmung, für welche Leistungen, welches Honorar vereinbart werden kann.

39 In der Praxis ist üblich, dass die Parteien hinsichtlich der geschuldeten Leistungen auf die Leistungsphasen und Grundleistungen der HOAI verweisen. Hiermit wird dennoch nicht der Vertragsinhalt durch die HOAI bestimmt, sondern weiterhin von den Parteien, indem die inbezuggenommenen Leistungspflichten als Vertragsinhalt ausgelegt werden.

2.2. *Von der HOAI erfasste Leistungen*

40 Die HOAI unterwirft nicht sämtliche Leistungen von Architekten und Ingenieuren einer preisrechtlichen Kontrolle, sondern nur die von ihr erfassten Leistungen. Dies betrifft nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI ausschließlich die **Grundleistungen der Flächen-, Objekt- und Fachplanung**. Letztere stellen die sog. **Leistungsbilder** dar, welche die von den Honorarvorschriften erfassten

³⁹ Urteil des BGH vom 24.10.1996 – VII ZR 283/95, NJW 1997, 586, 587; BR-Drucks. 270/76 S. 4; Jochem/Kaufhold, Vorbemerkungen Rdnr. 54; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 24.

⁴⁰ Urteil des BGH vom 06.12.2007 – VII ZR 157/06, NJW 2008, 1880, 1881; Urteil des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02, NZBau 2004, 509; Urteil des BGH vom 24.10.1996 – VII ZR 283/95, NJW 1997, 586, 587; Urteil des OLG Hamm vom 26.09.1989 – 26 U 183/88, NJW-RR 1990, 91; Irmeler, in: Irmeler, § 1 Rdnr. 5; Morlock, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 383; Motzke, BauR 1999, 1251, 1253.

⁴¹ Urteil des BGH vom 06.12.2007 – VII ZR 157/06, NJW 2008, 1880, 1881; Urteil des BGH vom 11.11.2004 – VII ZR 128/03, NJW-RR 2005, 318, 322; Urteil des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02, NZBau 2004, 509; Urteil des BGH vom 24.10.1996 – VII ZR 283/95, NJW 1997, 586, 587; Urteil des BGH vom 22.10.1998 – VII ZR 91/97, NJW 1999, 427; Irmeler, in: Irmeler Einführung, Rdnr. 55; Motzke, BauR 1999, 1251, 1253; Preussner, BauR 2006, 898, 900.

Planungsbereiche enthalten. Die Objektplanung gliedert sich bspw. in die Planung von Gebäuden, Innenräumen, Freianlagen, Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Jedes Leistungsbild enthält spezielle Honorarregelungen. Ergänzt werden diese jeweils um die Allgemeinen Vorschriften der §§ 1 – 16 HOAI. Die Leistungsbilder enthalten überwiegend zu Beginn des jeweiligen Abschnittes eine Bestimmung des Anwendungsbereiches. Für das Leistungsbild der Objektplanung enthalten die Begriffsbestimmungen des § 2 HOAI die Definition des Objektes. Weitere Definitionen für „Gebäude“ und „Innenräume“ (bis zur 7. HOAI-Novelle 2013 noch raumbildende Ausbauten genannt) wurden wegen Abgrenzungsschwierigkeiten zu Ingenieurbauwerken im Rahmen der 7. HOAI-Novelle 2013 gestrichen und sollen sich seither nach dem Willen des Verordnungsgebers aus der Abgrenzung zu den anderen Objekten ergeben⁴². In Abgrenzung zu Ingenieurbauwerken ist für den Begriff des Gebäudes maßgeblich, ob eine Verbindung mit dem Erdboden sowie eine Überdachung vorhanden, eine selbständige Benutzbarkeit gegeben und eine Eignung und Bestimmung zum nicht nur vorübergehenden Aufenthalt von Menschen zu bejahen ist⁴³.

Die Leistungsbilder enthalten die sog. **Grundleistungen**. Nach § 3 Abs. 2 HOAI sind dies die Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, wie bspw. die Erarbeitung der Entwurfsplanung oder die Objektüberwachung im Rahmen der Gebäudeerichtung. Die HOAI will somit lediglich die „übliche“ Tätigkeit des Architekten und Ingenieurs einer Honorarbegrenzung unterziehen. Erfasst sind keine über diese Tätigkeit hinausgehenden Leistungen. Zur Abgrenzung der Grundleistungen von den übrigen Leistungen von Architekten- und Ingenieuren, enthält die HOAI in Anlage 1 eine Aufzählung von sog. **Beratungsleistungen**, für die ein Honorarraum vorgeschlagen wird, aber nach § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI nicht verbindlich ist. Auch die Honorierung der neben den Grundleistungen des jeweiligen Leistungsbildes aufgeführten **Besonderen Leistungen** (für die Objektplanung bspw. in Anlage 10) ist nicht verbindlich geregelt und kann daher frei vereinbart werden (§ 3 Abs. 3 HOAI). 41

Die Grundleistungen des jeweiligen Leistungsbildes werden in bis zu neun **Leistungsphasen** gegliedert (§ 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI). Unter einer Leistungsphase werden die Grundleistungen im Hinblick auf das jeweils von dem Architekten oder Ingenieur zu erreichende Arbeitsziel zusammengefasst⁴⁴, wobei die Leistungsphasen aufsteigend nach dem Fortschritt des Bauvorhabens sortiert sind. Im Leistungsbild der Gebäudeerichtung beginnen die Leistungen mit der Leis- 42

⁴² BR-Drucks. 334/13 S. 136.

⁴³ Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, § 2 Rdnr. 8.

⁴⁴ Berger/Fuchs, Rdnr. 187.

tungsphase 1, der Grundlagenermittlung, und reichen bis zur Leistungsphase 9, der Objektbetreuung.

43

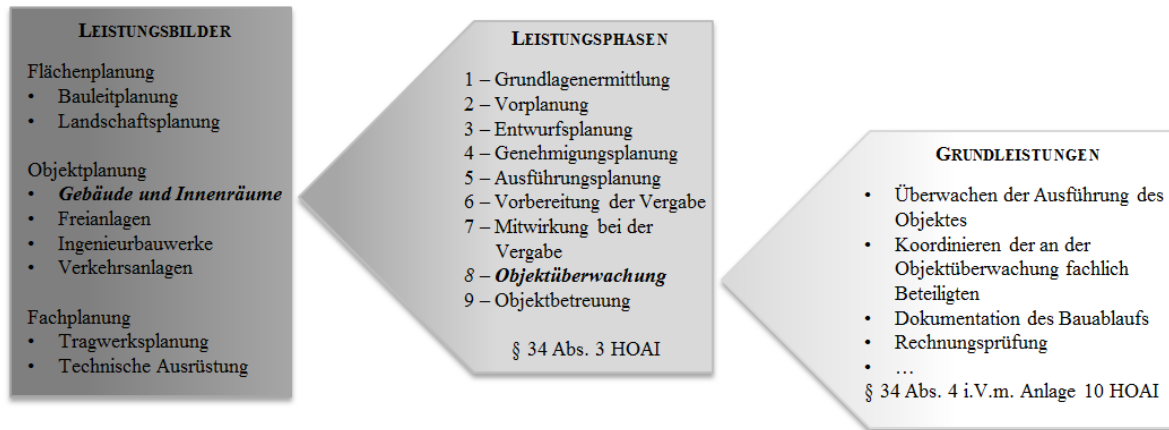


Abbildung 5: Von der HOAI erfasste Leistungen

2.3. Leistungen von Architekten und Ingenieuren

44

Die HOAI regelt einzig Leistungen, die von Architekten und Ingenieuren erbracht werden. Dabei ist nach einhelliger Auffassung eine **leistungsbezogene und keine berufsbezogene Definition** maßgeblich⁴⁵. Das heißt, dass nicht auf die berufliche Bezeichnung und Qualifikation des Leistenden abgestellt wird, sondern auf den Charakter der erbrachten Tätigkeit⁴⁶. Hierdurch werden auch die Leistungen Berufsfremder erfasst, um einer der Zielsetzungen der HOAI zu genügen, nach der die Qualität der Architekten- und Ingenieurleistungen gesichert werden soll⁴⁷.

45

Nach überwiegender Ansicht unterliegen jedoch Architekten- und Ingenieurleistungen im Rahmen von **Generalunternehmerverträgen**, bei denen Planung und Bauausführung von einem Auftragnehmer gemeinsam erbracht werden⁴⁸, nicht den Begrenzungen der HOAI⁴⁹.

⁴⁵ Urteil des BGH vom 22.05.1997 – VII ZR 290/95, NJW 1997, 2329; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.01.1987 – 22 U 196/86, BauR 1987, 348, 349; Urteil des OLG Düsseldorf vom 06.06.1980 – 22 U 71/80, BauR 1980, 490; Urteil des OLG Düsseldorf vom 10.04.1979 – 21 U 156/78, BauR 1979, 325; Berger/Fuchs, Rdnr. 90; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 1 Rdnr. 16 f.; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 49 ff.

⁴⁶ Urteil des BGH vom 22.05.1997 – VII ZR 290/95, NJW 1997, 2329; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 49.

⁴⁷ Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 49.

⁴⁸ Motzke/Wolff, S. 112.

⁴⁹ Urteil des BGH vom 22.05.1997 – VII ZR 290/95, NJW 1997, 2329, 2330.

2.4. *Sitz im Inland und Erbringung der Leistung vom Inland aus*

Die HOAI erfasst nur die Leistungen von Auftragnehmern, die ihren Sitz im Inland haben und 46
welche die dem Anwendungsbereich der HOAI unterfallenden Leistungen vom Inland aus er-
bringen. Dabei ist die Nationalität des Auftragnehmers nicht entscheidend⁵⁰. Die HOAI ist daher
nicht anwendbar, wenn Leistungen eines Deutschen im Ausland erbracht werden⁵¹.

Ausreichend für einen **Sitz im Inland** ist, wenn der Auftragnehmer eine Niederlassung in 47
Deutschland betreibt⁵². Aber auch, wenn die Tätigkeit faktisch mittels einer festen Einrichtung
auf unbestimmte Zeit in Deutschland ausgeübt wird⁵³. Hat ein Unternehmen eine Niederlassung
in Deutschland und eine im Ausland, werden nur die Leistungen der deutschen Niederlassung
von der HOAI begrenzt, sofern diese vom Inland aus erbracht werden. Ob eine **Leistung vom
Inland aus erbracht** wird, entscheidet sich nach der konkreten Ausübung der Tätigkeit. Für die
Objektüberwachung ist daher der Ort des Bauvorhabens maßgeblich. Werden Leistungen teils
vom Ausland, teils vom Inland aus erbracht, bspw. die Planungsleistungen in Deutschland und
die Objektüberwachungsleistungen aus den Niederlanden, ist auf den Schwerpunkt der Tätigkeit
abzustellen⁵⁴.

3. *Bestimmung des Honorarrahmens*

Die HOAI begrenzt die Honorare für die von ihr erfassten Leistungen durch einen Honorarrah- 48
men. Innerhalb dieses aus einem Mindest- und Höchstsatz gebildeten Rahmens können die Ver-
tragsparteien ein Honorar beziffern oder alternativ Berechnungskriterien festlegen, nach denen
ein Honorar innerhalb des Honorarrahmens bestimmt werden kann. Die Vereinbarung eines über
dem Mindestsatz liegenden Honorars setzt nach § 7 Abs. 1 HOAI voraus, dass die Vertragspar-
teien eine schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung treffen (hierzu ausführlich
Rdnr. 451 ff.). In Ausnahmefällen können nach § 7 Abs. 3 HOAI die Mindestsätze unterschrit-
ten⁵⁵ und unter besonderen Voraussetzungen die Höchstsätze überschritten werden (hierzu aus-
führlich *Rdnr. 477 ff.*). Zum besseren Verständnis der folgenden Kapitel wird vorab die Berech-
nung des Mindest- und Höchstsatzrahmens erläutert.

⁵⁰ Jochem/Kaufhold, § 1 Rdnr. 19.

⁵¹ Jochem/Kaufhold, § 1 Rdnr. 19.

⁵² Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, § 1 Rdnr. 26; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 66.

⁵³ Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, § 1 Rdnr. 26.

⁵⁴ Jochem/Kaufhold, § 1 Rdnr. 20; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 67.

⁵⁵ Von einer Darstellung der Voraussetzungen einer Mindestsatzunterschreitung wird vorliegend abgesehen, da
diese für weitere Ansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen nicht von Bedeutung sind.

49 Der Mindest- und Höchstsatzrahmen bestimmt sich nach den Berechnungsgrundsätzen des § 6 Abs. 1 HOAI: Den anrechenbaren Kosten (*Ziff. 3.1*), dem Leistungsbild (*Ziff. 3.2*), der Honorarzone (*Ziff. 3.3*) und der Honorartafel (*Ziff. 3.4*). Sowohl ein vereinbartes Pauschal-, als auch ein Zeithonorar müssen sich innerhalb des hiernach ermittelten Honorarrahmens halten.

3.1. *Leistungsbild*

50 Die HOAI regelt die Honorierung von Grundleistungen der Leistungsbilder der Flächenplanung (Bauleit- und Landschaftsplanung), Objektplanung (Gebäude, Innenräume, Freianlagen, Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen) und Fachplanung (Tragswerksplanung und technische Ausrüstung). In den Leistungsbildern wird jeweils speziell geregelt, welche anrechenbaren Kosten, Honorarzone und Honorartafel für die Honorarberechnungen maßgeblich sind.

3.2. *Anrechenbare Kosten*

51 Die anrechenbaren Kosten sind die entscheidende Größe zur Berechnung des Honorarrahmens. Sie umfassen die Baukosten, die nach dem jeweiligen Leistungsbild für die Honorarberechnung herangezogen werden.

3.2.1 *Baukostenermittlung anhand der DIN 276-1*

52 Nach §§ 4 Abs. 1 Satz 3, 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI sind die anrechenbaren Kosten nach der Kostenberechnung (sofern diese nicht vorliegt nach der Kostenschätzung) **auf Basis der DIN 276** in der Fassung vom Dezember 2008 (DIN 276-1:2008-12) zu ermitteln, da das Leistungsbild der Gebäudeerrichtung nach Anlage 10.1 der HOAI in der Leistungsphase 2 für die Kostenschätzung und in der Leistungsphase 3 für die Kostenberechnung auf die DIN 276 verweist. Die DIN 276-1:2008-12 gliedert die Baukosten in Kosten- und Kostenuntergruppen. § 33 HOAI bestimmt, welche dieser Kosten- und Kostenuntergruppen im Rahmen der Gebäudeerrichtung in welchem Umfang anrechenbar sind.

53 **Die Ermittlung der Höhe der anrechenbaren Kosten erfolgt nach Richtwerten, in der Regel von eigenen Bauvorhaben des Auftragnehmers oder durch Rückgriff auf Baukostensammlungen** (bspw. der Baukosteninformationsdienst der jeweiligen Architektenkammer) bzw. auf pauschalisierte Angaben durch summarische Ermittlung nach Rauminhalt, Flächen- oder Nutz-

heit⁵⁶. Die anrechenbaren Kosten sind somit die durchschnittlichen Kosten des beauftragten Bauwerks⁵⁷.

3.2.2 *Maßgeblichkeit der Kostenberechnung – Abkopplung der Honorarberechnung von den tatsächlichen Baukosten*

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI sind die anrechenbaren Kosten auf Grundlage der Kostenberechnung zu ermitteln. Sofern keine Kostenberechnung vorliegt, ist die Kostenschätzung maßgeblich. Da die Kostenberechnung im Rahmen der Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung) erfolgt, ist die in der Leistungsphase 2 (Vorentwurfsplanung) zu fertigende Kostenschätzung nur heranzuziehen, sofern nur Leistungen bis zur Leistungsphase 2 beauftragt werden. 54

Durch die Anknüpfung der Honorarberechnung an die in einer sehr frühen Leistungsphase aufzustellende Kostenberechnung, bezweckt der Verordnungsgeber eine **Abkopplung der Honorarberechnung von den tatsächlichen Baukosten**. Diese Normierung ist das Ergebnis einer seit der 5. Novellierung der HOAI im Jahre 1996 voranschreitenden Entwicklung, die erhebliche Bedeutung auch für Ansprüche wegen Bauablaufstörungen hat und daher im Folgenden näher erläutert wird. 55

Zum besseren Verständnis sind folgende Kostenermittlungsarten zu unterscheiden:

Kostenermittlungsart	Leistungsphase
Kostenschätzung	Leistungsphase 2 (Vorentwurfsplanung)
Kostenberechnung	Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung)
Kostenanschlag	Leistungsphase 7 (Mitwirkung bei der Vergabe)
Kostenfeststellung	Leistungsphase 8 (Objektüberwachung)

⁵⁶ Meurer, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 757.

⁵⁷ Preussner, NJW 2011, 1713.

3.2.2.1 *Ursprungsfassung der HOAI von 1976*

- 56 In ihrer Ursprungsfassung regelte die HOAI 1976, dass sich die anrechenbaren Kosten gemäß § 10 Abs. 2 HOAI 1976 für die Leistungsphasen 1 – 4 nach der Kostenberechnung, solange diese nicht vorliegt, nach der Kostenschätzung richten.
- 57 Die Berechnung der anrechenbaren Kosten für die Leistungsphasen 5 – 9 wurde gemäß § 10 Abs. 2 HOAI 1976 nach der Kostenfeststellung (Leistungsphase 8), solange diese nicht vorlag, nach dem Kostenanschlag (Leistungsphase 7), vorgenommen. Der Kostenanschlag ist heranzuziehen, wenn die Kostenfeststellung nicht vom Auftragnehmer geschuldet wird.
- 58 Mithilfe der Kostenfeststellung werden im Rahmen der Objektüberwachung die tatsächlichen, auf der Baustelle verursachten, Kosten ermittelt⁵⁸. Eine Heranziehung bereits ab Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung) führte dazu, dass sich Kostenerhöhungen im Rahmen der Bauausführung bereits im Honorar für die Ausführungsplanung nieder geschlagen haben. Somit passten sich nach der HOAI 1976 die anrechenbaren Kosten an die tatsächlichen Baukosten an⁵⁹. In der Folge wirken sich die aus Bauablaufstörungen folgenden zusätzlichen Baukosten für den Auftragnehmer honorarerhöhend aus, so dass der Auftragnehmer keinen Anlass zur Vermeidung von Kostensteigerungen hatte.

3.2.2.2 *5. Novelle der HOAI 1996/2002*

- 59 Mit der 5. Novelle der HOAI, die zum 01.01.1996 in Kraft getreten ist und 2002 an die Euro-Umstellung angepasst wurde, bestimmte der Verordnungsgeber fortan einen drei-stufigen Aufbau, wonach die anrechenbaren Kosten für die Leistungsphasen 1 – 4 nach der Kostenberechnung (bzw. der Kostenschätzung), für die Leistungsphasen 5 – 7 nach dem Kostenanschlag (bzw. der Kostenberechnung) und für die Leistungsphasen 8 – 9 nach der Kostenfeststellung (bzw. dem Kostenanschlag) zu ermitteln waren. Infolge dieser Neuregelung konnte sich die Erhöhung der tatsächlichen Kosten in der Leistungsphase 8 nicht mehr für das Honorar der Leistungsphasen 5 – 7 auswirken, sondern nur für die Leistungsphasen 8 und 9. Hierdurch wurde das Honorar der Leistungsphasen 5 – 7, das auf Basis der in der Entwurfsplanung erfolgenden Kostenberechnung berechnet wird, von den tatsächlichen Kosten abgekoppelt. Dennoch profitierte der Auftragnehmer weiterhin von Kostensteigerungen im Rahmen oder Objektüberwachungsphase durch die Anknüpfung an die Kostenfeststellung.

⁵⁸ Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 156.

⁵⁹ Preussner, NJW 2011, 1713, 1716; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 4 Rdnr. 54.

Mit der 6. Novelle der HOAI, die zum 01.01.2009 in Kraft getreten ist, änderte der Verordnungsgeber erneut die Vorschriften zur Ermittlung der anrechenbaren Kosten. Seither sind die anrechenbaren Kosten gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI **allein auf der Grundlage der Kostenberechnung (bzw. Kostenschätzung)** zu ermitteln. Wurde die Leistungsphase 3 nicht beauftragt, richtet sich die Honorarberechnung nach der Kostenschätzung im Rahmen der Vorentwurfsplanung (Leistungsphase 2) und damit ebenfalls nach einer sehr frühen Leistungsphase weit vor Beginn der Bauausführung. 60

Seit dieser Verwaltungsänderung sieht die HOAI keine Anpassung der anrechenbaren Kosten an die sich aus den späteren Leistungsphasen konkretisierenden tatsächlichen Baukosten vor⁶⁰. Daher haben nunmehr die Baukosten, die sich im Rahmen der weiteren Leistungsphasen in tatsächlicher Hinsicht erhöhen, keinen Einfluss mehr auf die Ermittlung der anrechenbaren Kosten und damit die Honorarhöhe⁶¹. Die HOAI nimmt dagegen bewusst in Kauf, dass sich ein erhöhter Leistungsaufwand nicht in einer Erhöhung der anrechenbaren Kosten und damit einer Erhöhung des Honorars widerspiegelt⁶². Hierdurch soll verhindert werden, dass mit fortschreitendem Planungsprozess immer höhere Baukosten verursacht werden⁶³. Zudem sollen gegenüber dem Auftragnehmer stärkere Anreize für kostensparendes Bauen gesetzt werden⁶⁴. 61

3.3. Honorarzone

Neben den anrechenbaren Kosten bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Einordnung des zu planenden Objektes in eine Honorarzone. **Die Honorarzone spiegelt den Schwierigkeitsgrad des Objekts im Hinblick auf dessen Planungs- und Ausführungsanforderungen wieder.** Im Rahmen der Objekterrichtung ist das Objekt nach §§ 5, 35 Abs. 2, 4, 7 i.V.m. Anlage 10.2 HOAI in eine von fünf Honorarzonen (von Honorarzone I mit sehr geringen Anforderungen bis zur Honorarzone V mit sehr hohen Anforderungen) einzuordnen. 62

⁶⁰ Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 6 Rdnr. 8; A. A. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 6 Rdnr. 22.

⁶¹ Urteil des BGH vom 05.08.2010 – VII ZR 14/09, NZBau 2010, 706; auch wenn sich das Urteil auf die HOAI in der Fassung von 1996/2002 bezieht, trifft diese Auslegung auch auf die folgenden Fassungen der HOAI zu, Korbion/Mantscheff/Vygen, § 4 Rdnr. 53; Urteil des OLG Celle vom 11.04.1984 – 6 U 217/83, BauR 1985, 591; Preussner, NJW 2011, 1713, 1714.

⁶² Preussner, NJW 2011, 1713, 1715.

⁶³ Jochem/Kaufhold, § 6 Rdnr. 10.

⁶⁴ BR-Drucks. 399/95 S. 7 ff.; BR-Drucks. 238/1994 S. 58; Vygen, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage § 4a Rdnr. 3.

3.3.1 *Bestimmung der Honorarzone*

- 63 Die Anlage 10.2 HOAI enthält Regelbeispiele für die Einordnung in die Honorarzonen⁶⁵. Passt das zu planende Objekt ausdrücklich in diese Objektliste, wird die Richtigkeit der Einordnung widerlegbar vermutet⁶⁶. Kann keine klare Einordnung vorgenommen werden, erfolgt die Zuordnung gemäß § 35 Abs. 2 und 4 HOAI anhand eines Punktesystems. Bewertet werden nach § 35 Abs. 2 HOAI die Anforderungen an die Einbindung in die Umgebung, die Anzahl der Funktionsbereiche, die gestalterischen und konstruktiven Anforderungen sowie die technische Ausrüstung und der Ausbau.

3.3.2 *Folgen einer falschen Bestimmung der Honorarzone*

- 64 Die Honorarzone wird **nach objektiven Maßstäben bestimmt**⁶⁷, wobei den Parteien bei der Ermittlung der Honorarzone ein Beurteilungsspielraum zukommt⁶⁸. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Parteien die Honorarzone beliebig festlegen können, sondern, dass die Parteien einen Spielraum bei Grenzfällen haben, bei denen zwei Honorarzonen in Betracht kommen⁶⁹.
- 65 Haben die Vertragsparteien eine **unzutreffende Honorarzone vereinbart**, ist ein Anspruch auf Honoraranpassung davon abhängig, ob die Vertragsparteien das Honorar unter Bezugnahme auf die Honorarberechnungsparameter, d. h. damit auch die Honorarzone bestimmt haben oder ob sie ein Pauschalhonorar konkret beziffert haben.
- 66 Bei Verwendung der Honorarberechnungsgrundlage kann die benachteiligte Partei die Anpassung des Honorars an die richtige Honorarzone verlangen, da einer Auslegung der Honorarvereinbarung nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB zu entnehmen ist, dass die Parteien die objektiv einschlägigen Parameter vereinbarten wollten. Die Bestimmung einer falschen Honorarzone ist daher als falsa demonstratio non nocet (Falschbezeichnung schadet nicht) unbeachtlich. Dies bedeutet, dass die Parteien keinem versteckten Einigungsmangel nach § 155 BGB auferlegen sind, der zur Unwirksamkeit des Vertrags führen kann, sondern sie befanden sich im gemeinsamen Irrtum über den richtigen Ausdruck für das von beiden Gewollte⁷⁰.

⁶⁵ Meurer, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 1036.

⁶⁶ Urteil des OLG Köln vom 05.02.1993 – 19 U 117/92, S/F/H, § 631 BGB Nr. 36; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 5 Rdnr. 5; Budde, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 24 Rdnr. 35; Berger/Fuchs, Rdnr. 198.

⁶⁷ Jochem/Kaufhold, § 5 Rdnr. 5; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 5 Rdnr. 4.

⁶⁸ Jochem/Kaufhold, § 5 Rdnr. 12.

⁶⁹ Jochem/Kaufhold, § 5 Rdnr. 5; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 5 Rdnr. 4.

⁷⁰ Urteil des BGH vom 26.10.1983 – IV a ZR 80/82, NJW 1984, 721; Urteil des BGH vom 26.04.1978 – VIII ZR 236/76, NJW 1978, 1483; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 155 Rdnr. 7

Haben die Vertragsparteien hingegen das Honorar betragsmäßig beziffert und wurde hierzu eine falsche Honorarzone zu Grunde gelegt, ist die Honorarvereinbarung unwirksam, wenn das bezifferte Honorar den nach der richtigen Honorarzone berechneten Honorarraahmen überschreitet⁷¹. Hiervon unabhängig kann die benachteiligte Partei die Vereinbarung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten, wenn die Honorarzone Gegenstand der Vertragsverhandlungen war⁷². Die Anfechtungserklärung muss jedoch nach § 121 BGB ohne schuldhafts Zögern (d. h. unverzüglich) nach Kenntnis von der Einordnung des Objektes in eine falsche Honorarzone, spätestens zehn Jahre nach Abschluss der Honorarvereinbarung, erfolgen.

3.4. Honorartafel

Nach Ermittlung der anrechenbaren Kosten und der Honorarzone ist unter Zuhilfenahme der Honorartafel nach § 35 Abs. 1 HOAI der **Mindest- und Höchstsatzrahmen** zu berechnen. Dieser Honorarraumen regelt die Mindest- und Höchstgrenze des Honorars, welches die Vertragsparteien wirksam nach § 7 Abs. 1 HOAI durch schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung vereinbaren können (hierzu ausführlich *Rdnr. 451 ff.*). In Ausnahmefällen können nach § 7 Abs. 3 HOAI die Mindestsätze unterschritten⁷³ und unter besonderen Voraussetzungen die Höchstsätze überschritten werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 477 ff.*).

3.4.1 Regelungsumfang der Honorartafel

Die Honorartafel der Gebäudeerrichtung erfasst das Honorar ausschließlich für anrechenbare Kosten von 25.000,00 € bis 25.000.000,00 €. Für darunter oder darüber liegende anrechenbare Kosten kann nach § 7 Abs. 2 HOAI das Honorar frei vereinbart werden.

⁷¹ Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 5 Rdnr. 4.

⁷² Urteil des RG vom 09.11.1906 – II 173/06, Urteil des RG vom 23.05.1917 – I 74/17, RGZ 64, 266, 268; Armbrüster, in: Münchener Kommentar BGB, § 119 Rdnr. 87.

⁷³ Von einer Darstellung der Voraussetzungen einer Mindestsatzunterschreitung wird vorliegend abgesehen, da diese für weitere Ansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen nicht von Bedeutung ist.

Anrechenbare Kosten in Euro	Honorarzone I sehr geringe Anforderungen		Honorarzone II geringe Anforderungen		Honorarzone III durchschnittliche Anforderungen		Honorarzone IV hohe Anforderungen		Honorarzone V sehr hohe Anforderungen	
	von	bis	von	bis	von	bis	von	bis	von	bis
	Euro	Euro	Euro	Euro	Euro	Euro	Euro	Euro	Euro	Euro
25 000	3 120	3 657	3 657	4 339	4 339	5 412	5 412	6 094	6 094	6 631
35 000	4 217	4 942	4 942	5 865	5 865	7 315	7 315	8 237	8 237	8 962
50 000	5 804	6 801	6 801	8 071	8 071	10 066	10 066	11 336	11 336	12 333
75 000	8 342	9 776	9 776	11 601	11 601	14 469	14 469	16 293	16 293	17 727
100 000	10 790	12 644	12 644	15 005	15 005	18 713	18 713	21 074	21 074	22 928
150 000	15 500	18 164	18 164	21 555	21 555	26 883	26 883	30 274	30 274	32 938
200 000	20 037	23 480	23 480	27 863	27 863	34 751	34 751	39 134	39 134	42 578
300 000	28 750	33 692	33 692	39 981	39 981	49 864	49 864	56 153	56 153	61 095
500 000	45 232	53 006	53 006	62 900	62 900	78 449	78 449	88 343	88 343	96 118
750 000	64 666	75 781	75 781	89 927	89 927	112 156	112 156	126 301	126 301	137 416
1 000 000	83 182	97 479	97 479	115 675	115 675	144 268	144 268	162 464	162 464	176 761
1 500 000	119 307	139 813	139 813	165 911	165 911	206 923	206 923	233 022	233 022	253 527
2 000 000	153 965	180 428	180 428	214 108	214 108	267 034	267 034	300 714	300 714	327 177
3 000 000	220 161	258 002	258 002	306 162	306 162	381 843	381 843	430 003	430 003	467 843
5 000 000	343 879	402 984	402 984	478 207	478 207	596 416	596 416	671 640	671 640	730 744
7 500 000	493 923	578 816	578 816	686 862	686 862	856 648	856 648	964 694	964 694	1 049 587
10 000 000	638 277	747 981	747 981	887 604	887 604	1 107 012	1 107 012	1 246 635	1 246 635	1 356 339
15 000 000	915 129	1 072 416	1 072 416	1 272 601	1 272 601	1 587 176	1 587 176	1 787 360	1 787 360	1 944 648
20 000 000	1 180 414	1 383 298	1 383 298	1 641 513	1 641 513	2 047 281	2 047 281	2 305 496	2 305 496	2 508 380
25 000 000	1 436 874	1 683 837	1 683 837	1 998 153	1 998 153	2 492 079	2 492 079	2 806 395	2 806 395	3 053 358

Abbildung 6: Honorartafel für Grundleistungen bei Gebäuden nach § 35 Abs. 2 HOAI

3.4.2 *Teilweise Beauftragung von Leistungsphasen und Grundleistungen nach §§ 8, 9 HOAI*

Der Honorarrahmen bildet das Honorar für alle Grundleistungen eines Leistungsbildes ab (100 %). Haben die Parteien nicht sämtliche Leistungsphasen oder Grundleistungen beauftragt, ist der Honorarrahmen nach § 8 Abs. 1 bzw. Abs. 2 HOAI nur anteilig für die jeweils vereinbarten Leistungsphasen bzw. Grundleistungen zu bestimmen. 71

3.4.2.1 *Anteilige Beauftragung von Grundleistungen*

Zur Bestimmung des Umfangs der beauftragten Leistungsphasen enthält jedes Leistungsbild eine prozentuale Bewertung der Leistungsphasen an der Gesamtleistung. 72

Bei der Gebäudeerrichtung regelt dies § 34 Abs. 3 HOAI. Werden bspw. lediglich die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 beauftragt, ist der Honorarrahmen nach der Honorartabelle nur für 24 % zu berechnen. Wird alleine die Objektüberwachung beauftragt, bestimmt § 9 Abs. 3 HOAI zusätzlich, dass zu dem Anteil der Objektüberwachung (32 %) auch diejenigen der Grundlagenermittlung (2 %) und der Vorplanung (7 %) hinzugerechnet werden können. 73

3.4.2.2 *Anteilige Beauftragung von Grundleistungen*

Den prozentualen Anteil der Grundleistungen an den Leistungsphasen regelt die HOAI nicht, so dass hierzu auf die einschlägigen Bewertungstabellen⁷⁴ bzw. die Bewertung eines Sachverständigen zurückzugreifen ist. Wurden Grundleistungen nicht in vollem Umfang vereinbart, ist zur Bewertung der erbrachten Leistungen gänzlich die Beurteilung eines Sachverständigen notwendig. 74

3.4.3 *Zwischenstufen der Honorartabelle*

Die Honorartabelle enthält den Honorarrahmen nach den anrechenbaren Kosten nur für bestimmte Stufen (bspw. 150.000,00 € und 200.000,00 €), nicht jedoch für dazwischen liegende anrechenbare Kosten (bspw. 170.000,00 €). Diese sind nach § 13 HOAI mit Hilfe der Interpolationsformel zu berechnen. 75

⁷⁴ Bspw. Locher/Koeble/Frik, Anhang 3; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 8 Rdnr. 36; Siemon, Anhang 1.

76 Die Interpolationsformel für den Mindestsatz (H_{MS}) lautet wie folgt⁷⁵:

$$H_{MS} = MS_n + \frac{(AK - HSt_n) * (MS_h - MS_n)}{(HSt_h - HSt_n)}$$

MS_n = Mindestsatz nach der niedrigeren Honorarstufe [in €]

MS_h = Mindestsatz nach der höheren Honorarstufe [in €]

AK = anrechenbare Kosten [in €]

HSt_n = niedrigere Honorarstufe [in €]

HSt_h = höhere Honorarstufe [in €]

77 **Beispiel:** Bestimmung des Honorarrahmens für ein Gebäude der Honorarzone III mit anrechenbaren Kosten von 170.000,00 €.

$$H_{MS} = 21.555,00 \text{ €} + \frac{(170.000,00 \text{ €} - 150.000,00 \text{ €}) * (27.863,00 \text{ €} - 21.555,00 \text{ €})}{(200.000,00 \text{ €} - 150.000,00 \text{ €})}$$

$$H_{MS} = 24.078,30 \text{ €}$$

78 Die Interpolationsformel für den Höchstsatz (H_{HS}) lautet wie folgt:

$$H_{HS} = HS_n + \frac{(AK - HSt_n) * (HS_h - HS_n)}{(HSt_h - HSt_n)}$$

HS_n = Höchstsatz nach der niedrigeren Honorarstufe [in €]

HS_h = Höchstsatz nach der höheren Honorarstufe [in €]

AK = anrechenbare Kosten [in €]

HSt_n = niedrigere Honorarstufe [in €]

HSt_h = höhere Honorarstufe [in €]

79 **Beispiel:** wie zuvor

$$H_{HS} = 26.883,00 \text{ €} + \frac{(170.000,00 \text{ €} - 150.000,00 \text{ €}) * (34.751,00 \text{ €} - 26.883,00 \text{ €})}{(200.000,00 \text{ €} - 150.000,00 \text{ €})}$$

$$H_{HS} = 30.030,20 \text{ €}$$

⁷⁵ Berger/Fuchs, Rdnr. 202 f.

Der Honorarraum für ein Gebäude der Honorarzone III mit anrechenbaren Kosten von 170.000,00 € reicht von 24.078,30 € bis 30.030,20 €

3.4.4 Bestimmung eines Honorarsatzes

Üblicherweise vereinbaren die Vertragsparteien von Architekten- und Ingenieurleistungen kein beziffertes Honorar innerhalb des einschlägigen Höchstsatzes, sondern nehmen zur Bestimmung des Honorars auf die Honorarbemessungskriterien Bezug, aus denen das vereinbarte Honorar errechnet werden kann. Um das Honorar innerhalb der Honorartafel zu bestimmen, einigen sie sich die Vertragsparteien regelmäßig auf einen Honorarsatz (Mindest-, Mittel- oder Höchstsatz).

Der **Mindestsatz** betrifft das niedrigste nach dem Honorarraum zu vereinbarende Honorar (0 %) und der **Höchstsatz** das höchst mögliche Honorar (100 %).

Der **Mittelsatz** (H_{MiS}) spiegelt den Mittelwert zwischen Mindest- und Höchstsatz (50 %) wieder und kann wie folgt berechnet werden:

$$H_{\text{MiS}} = \frac{H_{\text{MS}} + H_{\text{HS}}}{2}$$

Beispiel: wie zuvor

$$H_{\text{MiS}} = \frac{24.078,30 \text{ €} + 30.030,20 \text{ €}}{2}$$
$$H_{\text{MiS}} = 27.054,25 \text{ €}$$

III. VOB/B

Teil B der VOB, üblicherweise benannt als VOB/B, ist ein für die Aufträge der öffentlichen Verwaltung konzipiertes Regelwerk, das den **Besonderheiten des Bauvertrags** Rechnung tragen soll und dabei einige – teilweise deutliche – Abweichungen von den Regeln des Werkvertragsrechts enthält⁷⁶. Geschaffen und bearbeitet wurde die VOB/B vom DVA, der als nicht rechtsfähiger Verein organisiert⁷⁷ und daher kein zur Gesetzgebung berechtigtes Organ ist. Anders als die VOB/A, für die oberhalb der Schwellenwerte des EU-Vergaberechtes eine Rechtsverordnungsermächtigung nach den §§ 97 Abs. 6, 127 GWB besteht und zudem durch Verwei-

⁷⁶ Voit, in: Messerschmidt/Voit, Vorbemerkung vor § 1 VOB/B Rdnr. 1.

⁷⁷ Sacher, in: BeckOK VOB/B, Einleitung Rdnr. 9.

sung mittels § 6 Abs. 1 VgV Rechtskraft erlangt, enthält die VOB/B einzig für die Ausführung von Bauleistungen vorformulierte Vertragsbedingungen und weist daher **keine Rechtsnormqualität** auf. Hierbei handelt es sich lediglich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 BGB⁷⁸ und unterliegen daher der Rechtskontrolle nach §§ 305 ff. BGB, sofern nicht § 310 Abs. 1 BGB die Anwendung des § 305 Abs. 2 und 3 BGB ausschließt. Die Regelungen der VOB/B werden daher nur Vertragsbestandteil, soweit sie von den Vertragsparteien vereinbart worden sind. Nach § 8 Abs. 3 VOB/A ist die Einbeziehung der VOB/B bei Verträgen der öffentlichen Verwaltung verpflichtend. Doch auch Privatpersonen steht im Rahmen der Vertragsfreiheit frei, Vertragsbedingungen der VOB/B ganz oder teilweise zu vereinbaren.

84 Ausweislich ihres Titels enthält die VOB/B Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen. Daher enthält diese, alleine auf die Bauausführung und nicht die Planung oder Bauüberwachung bezogene, Bestimmungen, bspw. in §§ 3, 4, 5 und 6 VOB/B, die im Rahmen von Architekten- und Ingenieurverträgen keine Anwendung finden und daher gegenstandslos sind⁷⁹. Auch wären Vergütungsvorschriften der VOB/B unwirksam, soweit sie das zwingende Preisrecht der HOAI betreffen⁸⁰. Dennoch ist auch den Vertragsparteien von Architekten- und Ingenieurverträgen durch ihre grundgesetzlich garantierte Vertragsfreiheit überlassen, Vertragsbedingungen der VOB/B ausdrücklich zu vereinbaren⁸¹. Diese sind wirksam vereinbart, soweit sie der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhalten.

85 Bei **Generalunternehmerverträgen**, bei denen sowohl Planungs- als auch Bauleistungen zum Leistungskatalog des Auftragnehmers gehören, gelten die Bestimmungen der VOB/B nur dann auch für die Planungsleistungen, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich erklären, dass die Vertragsbedingungen der VOB/B auch für die Planungsleistungen gelten sollen⁸². Ansonsten wird vermutet, dass diese von den Vertragsparteien nur im Hinblick auf die Bauleistungen vereinbart sein sollen⁸³. Dies folgt aus dem Umstand, dass die Vorschriften der VOB/B auf die Bauausführung gemünzt sind und daher zahlreiche Vorschriften nicht oder nur bedingt auf die Planungs-

⁷⁸ Urteil des BGH vom 17.09.1987 – VII ZR 166/86, NJW 1988, 142, 143; Urteil des BGH vom 16.12.1982 – VII ZR 92/82, NJW 1983, 816, 817; Leupertz/von Wietersheim/Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, Einleitung Rdnr. 56.

⁷⁹ Urteil des BGH vom 17.09.1987 – VII ZR 166/86, NJW 1988, 142, 143; Urteil des BGH vom 04.11.1982 – VII ZR 53/82, NJW 1983, 453, 454; Sacher, in: BeckOK VOB/B, Einleitung Rdnr. 184.

⁸⁰ Sacher, in: BeckOK VOB/B, Einleitung Rdnr. 184.

⁸¹ Urteil des BGH vom 17.09.1987 – VII ZR 166/86, NJW 1988, 142, 143; Urteil des BGH vom 04.11.1982 – VII ZR 53/82, NJW 1983, 453, 454.

⁸² Urteil des BGH vom 04.11.1982 – VII ZR 53/82, NJW 1983, 453, 454; Urteil des BGH vom 10.07.1980 – VII ZR 137/79, NJW 1980, 2800, 2801; Sacher, in: BeckOK VOB/B, Einleitung Rdnr. 191.

⁸³ Urteil des BGH vom 04.11.1982 – VII ZR 53/82, NJW 1983, 453, 454; Urteil des BGH vom 10.07.1980 – VII ZR 137/79, NJW 1980, 2800, 2801; Sacher, in: BeckOK VOB/B, Einleitung Rdnr. 191.

leistungen passen⁸⁴. Der Auslegung der Willenserklärung der Parteien kann daher ansonsten nicht zweifelsfrei entnommen werden, ob die Bestimmungen der VOB/B für sämtliche Leistungen oder ausschließlich für die Bauleistungen vereinbart werden sollen.

D. Systematisierung der Ansprüche und Rechte bei Bauablaufstörungen

Die Ansprüche und Rechte des mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten oder Ingenieurs hängen zum einen davon ab, welche Ursache(n) die Bauablaufstörung(en) haben und ob die Vertragsparteien eine vertragliche Vereinbarung für den Fall des Eintritts von Bauablaufstörungen getroffen haben. 86

I. Ursachenfeststellung der Bauablaufstörung

Anknüpfungspunkt für die Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers ist nicht der Eintritt von Bauablaufstörungen, sondern deren jeweilige Ursache. Weder die HOAI, noch das BGB enthalten Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers, die unmittelbar an den Eintritt einer Bauablaufstörung knüpfen. **Entscheidend ist einzig die Ursache der Bauablaufstörung.** Treten bspw. Bauablaufstörungen dadurch ein, dass der Auftraggeber anstatt einer ursprünglich geplanten Wohnbebauung eine Gewerbebebauung wünscht, erhält der Auftragnehmer keinen zusätzlichen Honoraranspruch wegen des Vorliegens eines zur Anpassung der Pläne eingetretenen Baustopps. Der für Leistungsänderungen des Bauobjekts einschlägige § 311 Abs. 1 BGB i.V.m. § 10 Abs. 1 HOAI stellt einzig darauf ab, ob sich durch die Änderungswünsche die anrechenbaren (Bau-)Kosten verändert haben, also eine Leistungsänderung erfolgt ist. 87

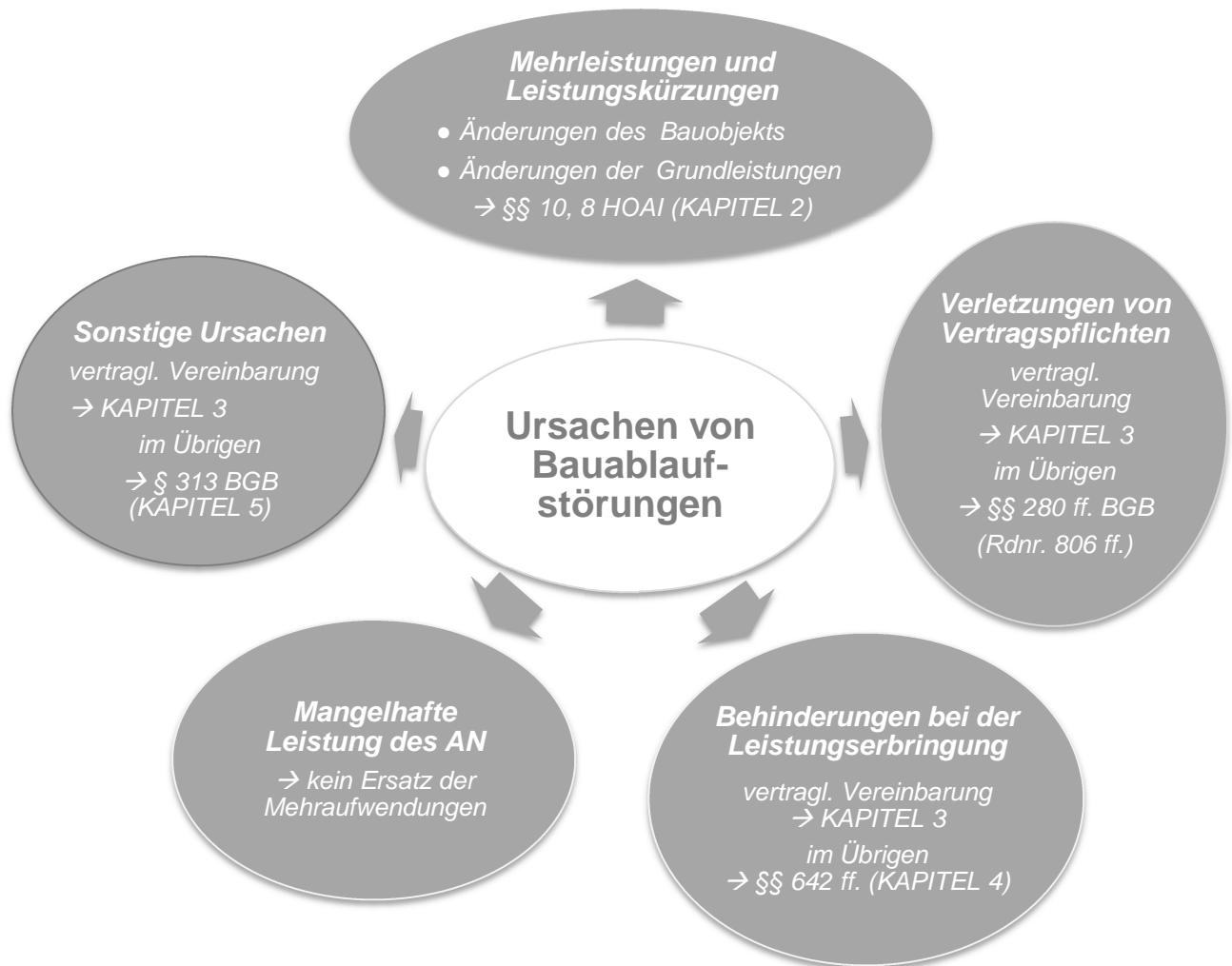
Hinzu kommt, dass der Eintritt einer Bauablaufstörung keine Tatbestandsvoraussetzung und damit nicht entscheidend für das Bestehen des Anspruchs ist. Der Auftragnehmer würde ein zusätzliches Honorar auch erhalten, wenn trotz einer Leistungsänderung keine Bauablaufstörung eintritt. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn Planungsänderungen während der Errichtung des Fundamentes eintreten, die einzig den Dachstuhl betreffen. Bei einer ausreichenden Vorlaufzeit können durch baubegleitende Planung Störungen des Bauablaufs verhindert werden. 88

Trotz dessen dass vertragliche Vereinbarungen oftmals an die Überschreitung einer vereinbarten Regelbauzeit und damit unmittelbar an den Eintritt der Bauablaufstörung anknüpfen, kann auch in diesem Fall nicht auf die Bestimmung der Ursachen verzichtet werden. Denn liegen der Bauablaufstörung bestimmte Ursachen zugrunde, bspw. eine Leistungsänderung oder -erweiterung, 89

⁸⁴ Urteil des BGH vom 04.11.1982 – VII ZR 53/82, NJW 1983, 453, 454; Urteil des BGH vom 10.07.1980 – VII ZR 137/79, NJW 1980, 2800, 2801.

sind zwingende Honorarvorschriften zu beachten, von denen durch eine vertragliche Vereinbarung nicht oder nur in begrenztem Umfang abgewichen werden kann.

90 Daher sind zunächst die Ursachen jeder Bauablaufstörungen festzustellen und einer der folgenden Ursachengruppen zuzuordnen:



II. Spezielle Beurteilung von Mehrleistungen

91 Ist die Ursache einer Bauablaufstörung die Änderung oder Erweiterung des vereinbarten Leistungsinhalts (sog. Mehrleistungen) sind die zwingenden Honorarvorschriften der §§ 10 Abs. 1 und 2, 8 HOAI zu beachten und daher eine spezielle Beurteilung maßgeblich (hierzu ausführlich Kapitel 2). Der durch Mehrleistungen verursachte Mehraufwand in Form von Material-, Personal- und Geschäftskosten wird durch die Ansprüche des Auftragnehmers auf zusätzliches Honorar oder Honoraranpassung abgegolten. Weitere Honoraransprüche stehen dem Auftragnehmer wegen diesen Mehraufwendungen nicht zu (hierzu ausführlich Rdnr. 617 ff.).

III. Keine Ansprüche bei mangelhafter Leistung

Erbringt der Auftragnehmer seine Leistung mangelhaft, die Ursache der Bauablaufstörung ist, 92
kann er die zur Mangelbeseitigung entstandenen Mehraufwendungen nicht ersetzt verlangen, da
er diese Kosten im Rahmen seiner Nacherfüllungspflicht nach §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 2 BGB zu
tragen hat, sofern keine Sowieso-Kosten vorliegen⁸⁵.

IV. Spezielle Beurteilung von vertraglichen Vereinbarungen

Die übrigen Ursachen sind danach zu bewerten, ob die Parteien eine vertragliche Vereinbarung 93
für den Eintritt von Bauablaufstörungen getroffen haben.

Haben die Parteien eine vertragliche Vereinbarung getroffen, ist diese daraufhin zu überprüfen, 94
ob sie dem Auftragnehmer im konkreten Einzelfall einen Zahlungsanspruch gewährt (hierzu aus-
führlich *Kapitel 3*). Zudem ist durch Auslegung zu bestimmen, ob die vertragliche Vereinbarung
nach dem Parteiwillen sämtliche Ansprüche im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen ab-
schließend regelt und damit weitere Ansprüche, wie bspw. solche wegen unterlassener Mitwir-
kungshandlungen des Auftraggebers gemäß §§ 642 ff. (Behinderungen), ausschließt (hierzu aus-
führlich *Rdnr. 692 ff.*) oder dem Auftragnehmer ein zusätzliche Honoraranspruch – neben weite-
ren gesetzlichen Ansprüchen – gewährt werden soll. Erfasst die vertragliche Vereinbarung sämt-
liche Ansprüche, sind auch die in diesem Zusammenhang eingetretenen Mehraufwendungen
vollumfänglich abgegolten.

V. Anwendung gesetzlicher Ansprüche

Liegt eine vertragliche Vereinbarung der Parteien für den Eintritt von Bauablaufstörungen nicht 95
vor, ist auf das dispositive Gesetzesrecht zurückzugreifen. In Betracht kommen Ansprüche und
Rechte wegen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach §§ 642 ff. BGB
sowie Verletzung von Vertragspflichten nach §§ 280 ff. BGB (hierzu ausführlich *Kapitel 4*).

Verletzt der Auftraggeber seine Vertragspflichten, bspw. indem das in seinen Verantwortungsbe- 96
reich fallende Bodengutachten zurechenbar fehlerhaft ist und hierdurch eine Bauablaufstörung

⁸⁵ Da ein mangelhafte Leistung grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen des Auftragneh-
mers ausschließt, wird zur Begrenzung des Begutachtungsumfangs auf eine Darstellung verzichtet und auf die
einschlägige Kommentierung zum Mängelgewährleistungsrecht der §§ 634 ff. BGB verwiesen.

eintritt, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz nach den allgemeinen Schadensgrundsätzen der §§ 280 ff. BGB⁸⁶.

- 97 Sofern nicht der Anwendungsbereich speziellerer vertraglicher oder gesetzlicher Ansprüche einschlägig ist, kann einzig auf die subsidär einschlägigen Grundsätze wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zurückgegriffen werden, mit denen als äußerste Grenze unbillige Rechtsverhältnisse korrigiert werden (hierzu ausführlich *Kapitel 5*).

E. Dokumentation

- 98 Recht haben und Recht bekommen sind bekanntlich zweierlei Dinge. Im Laufe der Verwirklichung von Bauvorhaben entstehen häufig Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien hinsichtlich der Höhe von Honoraransprüchen. Ist der Auftragnehmer schließlich gezwungen seine Ansprüche gerichtlich durchzusetzen, hat er nach den allgemeinen Beweislastgrundsätzen die Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen. Ist ein Auftragnehmer mangels einer ausreichenden Dokumentation nicht in der Lage, geht dies grundsätzlich zu seinen Lasten⁸⁷. Dann kann der Fall eintreten, dass sich der Auftragnehmer, womöglich durch mehrere Instanzen hinweg, an einen Punkt gekämpft hat, an dem das Gericht im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen einen Anspruch dem Grunde anerkennt, er jedoch anschließend an den Hürden der Darlegungs- und Beweislast scheitert⁸⁸.

- 99 Dies ist umso bedeutender bei Ansprüchen und Rechten im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen, da diese einen **besonderes hohen Darlegungs- und Beweisaufwand** erfordern. Bspw. muss der Auftragnehmer zur Geltendmachung von Mehraufwendungen die Aufwendungen, die der Auftragnehmer für die geschuldete Leistung tatsächlich hatte und die er ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte nachweisen und gegenüberstellen, also eine Kausalkette bilden (hierzu ausführlich *Rdnr. 614 ff.*). Auch bei Ansprüchen wegen Verletzung von Mitwirkungshandlungen besteht ein erheblicher Nachweisbedarf des Auftragnehmers im Hinblick auf eine bauablaufbezogene Darstellung, selbst wenn „lediglich“ eine Bauablaufunterbrechung vorliegt (hierzu ausführlich *Rdnr. 771 ff.*).

⁸⁶ In diesem Zusammenhang wird zur Begrenzung des Begutachtungsumfangs einzig auf Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Mitwirkungspflichten eingegangen (hierzu *Rdnr. 806 ff.*) und im Übrigen auf die einschlägige Kommentierung des allgemeinen Schadensersatzrechts der §§ 280 ff. BGB verwiesen.

⁸⁷ Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, NJW 2005, 1653, 1654; Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NJW 2002, 2716.

⁸⁸ so im Fall vor dem OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 73/04, IBR 2007, 142; KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03, BauR 2007, 906; dem OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248; dem OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772.

Je genauer und exakter der Auftragnehmer einen zeitlich zurückliegenden Sachverhalt darstellen und belegen kann, je größer ist die Wahrscheinlichkeit bei auftretenden Schwierigkeiten die eigene Position nachvollziehbar und mit den erforderlichen Nachweisen begründen zu können⁸⁹. Eine fundierte Dokumentation muss daher zeitnah, umfassend, detailliert, aussagekräftig und systematisch (in der Regel chronologisch) erfolgen⁹⁰. 100

In welchem konkreten Umfang bei Bauablaufstörungen dokumentiert werden sollte, um die Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers bestmöglich zu sichern, wird im Folgenden in den jeweiligen Abschnitten erläutert. 101

⁸⁹ Reister, S. 19.

⁹⁰ Reister, S. 20 ff.

Kapitel 2: Ansprüche und Rechte wegen Mehrleistungen und Leistungskürzungen

- 102 Eine der häufigsten Ursachen von Bauablaufstörungen sind Leistungsänderungen. Selten entspricht das schlussendlich errichtete Objekt den ursprünglichen Vorstellungen und Plänen der Parteien, da sich etwa im Laufe der Verwirklichung des Bauvorhabens die Anforderungen an das Gebäude ändern oder die Rahmenbedingungen, wie der Umfang der Baugenehmigung oder die Bodenverhältnisse, anders als erwartet gestalten. Derartige **Leistungsänderungen** bedeuten für den Auftragnehmer in finanzieller Hinsicht, dass er unter Umständen deutlich höhere Aufwendungen hat, als er seiner Honorarkalkulation zu Grunde legte. Denn durch Leistungsänderungen können – neben den bereits vereinbarten Leistungen – **Mehrleistungen** erforderlich sein, wenn **Grundleistungen wiederholt und ggf. weitere Grundleistungen, die für das ursprüngliche Objekt nicht notwendig waren, erbracht werden müssen**. Das vereinbarte Honorar steht somit nicht mehr im Äquivalenzverhältnis zu dem Leistungsumfang und damit den notwendigen Aufwendungen des Auftragnehmers, die erforderlich sind, um das Bauvorhaben zu verwirklichen.
- 103 Mehrleistungen im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen können auch entstehen, wenn – **unabhängig von einer Leistungsänderung – Grundleistungen wiederholt und/oder weitere (bislang nicht beauftragte) Grundleistungen erbracht werden müssen**, bspw. nach einer Insolvenz eines Bauunternehmens. Auch hieraus entstehen dem Auftragnehmer Mehraufwendungen, die durch das vereinbarte Honorar nicht abgegolten sind.
- 104 Die durch Leistungsänderungen oder weitere Leistungsbeauftragungen entstehenden Mehrleistungen unterfallen dem Anwendungsbereich der HOAI und unterliegen daher einer **speziellen honorarrechtlichen Beurteilung**. Daher ist stets vorab zu prüfen, ob Ursache der Bauablaufstörung Mehrleistungen sind. Soweit dies der Fall ist, können die hierdurch entstandenen Mehraufwendungen nicht Gegenstand weiterer Ansprüche sein.
- 105 **Mehrleistungen und Bauablaufstörungen sind nicht zwangsweise miteinander verknüpft**. Auch wenn Veränderungen des Leistungsobjektes überwiegend dazu führen, dass eine Bauablaufunterbrechung eintritt, kann dies unter Umständen durch eine baubegleitende Planung verhindert werden. Für ein zusätzliches Honorar des Auftragnehmers ist dies nicht von Bedeutung, da die Honorierung von Mehrleistungen den Eintritt von Bauablaufstörungen nicht voraus setzt. Denn – wie bereits unter Rdnr. 87 beschrieben –, ist Anknüpfungspunkt für die Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers nicht der Eintritt von Bauablaufstörungen, sondern deren jeweilige Ursache (hier: Leistungsänderungen und weitere Beauftragungen). Die folgenden Ausführungen zur Honorierung von Mehrleistungen gelten daher im selben Umfang auch für den Fall, dass keine Bauablaufstörungen eingetreten sind.

Neben der Erweiterung des Leistungsobjektes oder Leistungsumfangs des Auftragnehmers kann auch eine **Leistungskürzung** eintreten, indem das Leistungsobjekt entgegen den ursprünglichen Vorstellungen begrenzt wird und sich hierdurch auch die Aufwendungen des Auftragnehmers verringern oder weil infolge einer Leistungsänderungen vereinbarte Grundleistungen entfallen. Eine Leistungskürzung kann ebenfalls im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen eintreten und zu einer gesonderten Honorarberechnung des Auftragnehmers führen (hierzu ausführlich *Rdnr. 338 ff.*). 106

Weigert sich der Auftraggeber trotz Beauftragung der Mehrleistungen einer Honorierung zuzustimmen, können dem Auftragnehmer unter besonders strengen Voraussetzungen **Zurückbehaltungsrechte** nach § 320 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 372 ff.*) oder **Kündigungsrechte** nach § 314 BGB analog (hierzu ausführlich *Rdnr. 409 ff.*) zustehen. Daneben kann er unter den Voraussetzungen des § 648b BGB eine **Sicherheitsleistung** verlangen (hierzu ausführlich *Rdnr. 419 ff.*). 107

A. Einführung in die Honorierung von Mehrleistungen

I. Grundbegriffe

Zur Systematisierung und Abgrenzung werden die wesentlichen Grundbegriffe im Zusammenhang mit Mehrleistungen **vorangestellt** und in den folgenden Kapiteln detailliert erläutert. 108

Die Honorierung von Mehrleistungen wird zunächst danach unterschieden, ob ihnen eine Leistungsänderung zugrunde liegt oder nicht. Eine **Leistungsänderung** liegt vor, **wenn die Beschaffenheit des zu planenden Objekts verändert wird**⁹¹, also bspw. die Größe des Objektes und die verwendeten Materialien. Nach der einschlägigen Fachliteratur wird diese Beschaffenheit als **Leistungsziel** definiert⁹². 109

Durch die Änderung des Leistungsziels können Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen erforderlich werden. **Änderungsleistungen** sind alle Grundleistungen, die im Zeitpunkt der Leistungsänderung noch nicht erbracht wurden und daher nach der Leistungsänderung in Bezug auf ein geändertes Leistungsobjekt zu erbringen sind⁹³. Daneben müssen regelmäßig bereits erbrachte Grundleistungen wiederholt werden (sog. **änderungsbedingte Wiederholungsleistungen**) oder Grundleistungen, die bislang nicht dem Leistungsumfang angehörten, zusätzlich erbracht werden (sog. **änderungsbedingte Zusatzleistungen**). 110

⁹¹ Berger/Fuchs, *Rdnr. 287.*

⁹² Berger/Fuchs, *Rdnr. 287.*

⁹³ Berger/Fuchs, *Rdnr. 288, insb. Abb. 4.*

- 111 Vom Leistungsziel unterscheidet die einschlägige Fachliteratur den **Leistungsumfang**, der die Grundleistungen beschreibt, die zur Verwirklichung des Leistungsobjektes erforderlich sind, wie bspw. das Fertigen der Entwurfsplanung, das Koordinieren der Vergaben oder die Objektüberwachung⁹⁴. Dieser ändert sich regelmäßig dann, wenn die Parteien den Leistungskatalog der vereinbarten Grundleistungen erweitern, bspw. wenn zunächst die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 erbracht werden sollten und der Auftraggeber anschließend die Grundleistungen der Leistungsphasen 5 – 8 beauftragt.
- 112 Soweit keine Leistungsänderung vorliegt (also das Leistungsziel unverändert bleibt) können Mehrleistungen entstehen wenn ausschließlich der Leistungsumfang verändert wird, bspw. wenn Leistungen wiederholt (sog. **isolierte Wiederholungsleistungen**) oder bislang vom Leistungsumfang nicht umfasste (zusätzliche) Leistungen (sog. **isolierte Zusatzleistungen**) beauftragt werden.
- 113 Ein Spezialfall stellen **Leistungskürzungen** dar, wenn eine Leistungsänderung zu einer verringerten Beschaffenheit eines Leistungsobjektes führt (**Leistungsverringerung**), wodurch ggf. vereinbarte Grundleistungen vollständig wegfallen können (sog. **Entfallene Grundleistungen**)⁹⁵. Daneben können auch ohne Leistungsänderung Grundleistungen entfallen, bspw. wenn Vergabeleistungen nicht mehr notwendig sind. Anders als bei der Erweiterung des Leistungsobjektes oder der Grundleistungen können Leistungskürzungen eine (Teil-)Kündigung des Auftraggebers darstellen, so dass sich der Leistungsumfang des Auftragnehmers verringert und hierdurch auch das hierfür vereinbarte Honorar, obwohl der Auftragnehmer sich hierauf eingestellt hat. Aus diesem Umstand können ihm weitere Honoraransprüche erwachsen (hierzu ausführlich *Rdnr. 338 ff.*).

⁹⁴ Berger/Fuchs, Rdnr. 284.

⁹⁵ Berger/Fuchs, Rdnr. 319.

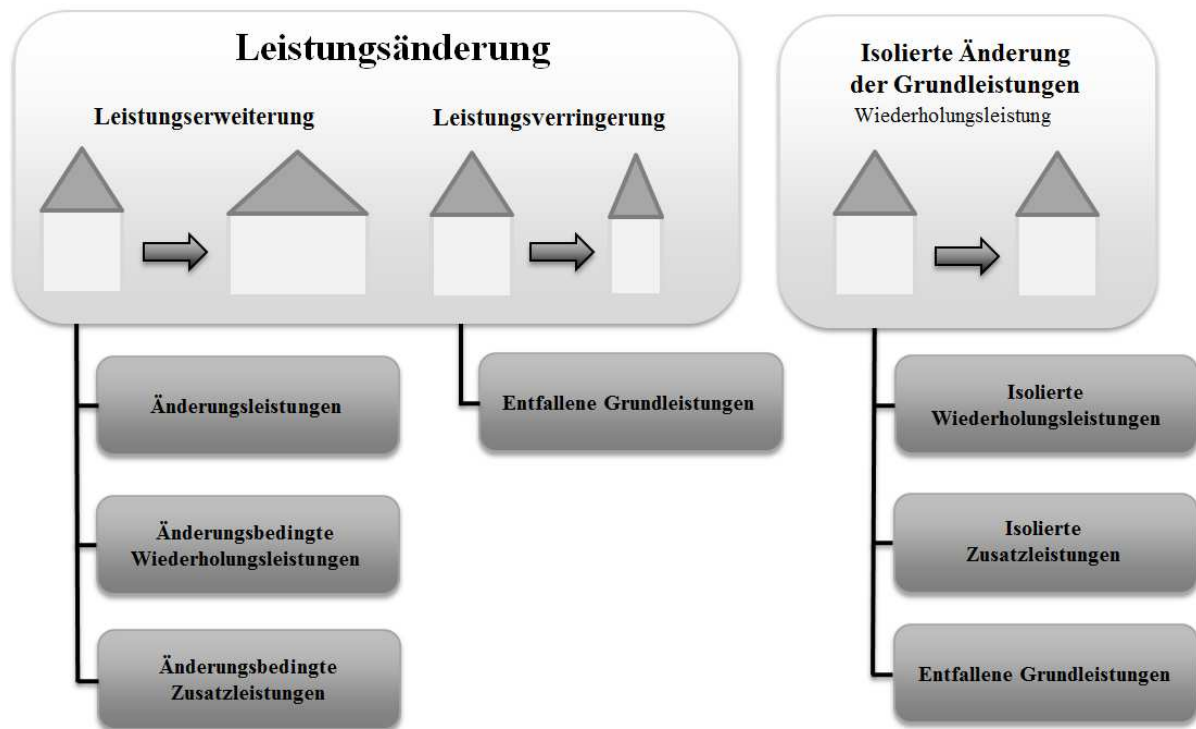


Abbildung 7: Mehrleistungen und Leistungskürzungen

II. *Normenentwicklung und -verhältnis der Honorarvorschriften über Leistungsänderungen und isolierte Wiederholungsleistungen*

1. *Normenentwicklung der Honorarvorschriften über Leistungsänderungen*

Eine Normierung von Honoraransprüchen bei Leistungsänderungen enthielt die HOAI bis zur 5. 115
 Novelle von 1996/2002 nicht. Dennoch wurde vertreten, dass eine Honoraranpassung bei Änderung des Leistungsziels erfolgen kann⁹⁶, da ansonsten das Honorar des Auftragnehmers bei Leistungsänderungen stets unverändert geblieben wäre.

Mit der 6. HOAI-Novelle 2009 wurde § 7 HOAI um einen Abs. 5 HOAI ergänzt, der bei Leistungsänderungen eine Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage zuließ.

⁹⁶ Urteil des BGH vom 21.01.1988 – VII ZR 239/86, NJW-RR 1988, 725; Urteil des OLG Dresden vom 27.04.2004 – 9 U 506/03 Abschnitt II Nr. 3; Koebler, in: Locher/Koebler/Frik 2012, § 7 Rdnr. 61; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 39; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 814; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 18.

116

§ 7 HOAI 2009

Honorarvereinbarung

(5) Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrags mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werten oder Verrechnungseinheiten, ist die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.

117

Mithilfe dieser Regelung schuf der Ordnungsgeber eine Möglichkeit, die von ihm bezweckte Abkopplung des Honorars von den tatsächlichen Baukosten (hierzu ausführlich *Rdnr. 54 ff.*) im Falle von Leistungsänderungen zu durchbrechen und das Honorar an die geänderten Umstände anzupassen. Da das Honorar einzig an die objektiven Faktoren der Leistungsänderung (anrechenbaren Kosten und Honorarzone) angeglichen wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 244 ff.*), profitiert der Auftragnehmer nicht von Kostensteigerungen außerhalb von Leistungsänderungen und wird hierdurch weiterhin zu einer kostensparenden Verwirklichung des Bauvorhabens angehalten.

118

Ferner wurde im Rahmen der 6. HOAI-Novelle 2009 eine – sehr umstrittene – Regelung über die sog. Anderen Leistungen verabschiedet.

119

§ 3 HOAI 2009

Leistungen und Leistungsbilder

(2) ²Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.

120

Diese Regelung ist im Rahmen der 7. HOAI-Novelle 2013 mit der Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 in dem neu normierten § 10 Abs. 1 HOAI aufgegangen⁹⁷.

⁹⁷ BR-Drucks. 334/13 S. 143.

Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs

(1) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer während der Laufzeit des Vertrags darauf, dass der Umfang der beauftragten Leistungen geändert wird, und ändern sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen, so ist die Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind, durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.

Im Vergleich zu den vorherigen Regelungen setzt eine Honoraranpassung wegen geänderten Leistungen seit der 7. HOAI-Novelle 2013 nicht mehr die Anordnung des Auftraggebers voraus, sondern stellt auf eine Einigung der Vertragsparteien ab. Dies entspricht der Bestrebung des Verordnungsgebers, seit der 6. HOAI-Novelle 2009 die Ansprüche des Auftragnehmers zunehmend von Vereinbarungen mit dem Auftraggeber abhängig zu machen⁹⁸. Hiermit wurde zugleich dem Einwand der Boden entzogen, dass die vorherige Regelung ein Anordnungsrecht enthielt, welches von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt sei⁹⁹.

Zudem wird nunmehr klarstellend auf die Anpassung der **Honorarberechnungsgrundlage** für Grundleistungen abgestellt und nicht mehr auf die dem Honorar zugrunde liegende **Vereinbarung**. Die ehemalige Formulierung führte zu einer Auseinandersetzung darüber, ob eine Honoraranpassung auch in den Fällen erfolgen kann, in denen die Parteien keine wirksame Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI getroffen haben und somit die Mindestsätze nach § 7 Abs. 6 HOAI 2009 (nunmehr § 7 Abs. 5 HOAI) Anwendung finden (hierzu ausführlich *Rdnr. 211 f.*). Durch die Umformulierung wurde klar gestellt, dass die Honorarberechnungsfaktoren, unabhängig vom Vorliegen einer Honorarvereinbarung, anzupassen sind¹⁰⁰.

2. *Normentwicklung der Honorarvorschriften über isolierte Wiederholungsleistungen*

Bereits bei Normierung der Ursprungsfassung der HOAI in § 20 HOAI 1976 bestand eine Regelung zu Wiederholungsleistungen, die jedoch ausschließlich die Vor- und Entwurfsplanung erfasste:

⁹⁸ Berger/Fuchs, *Rdnr.* 271.

⁹⁹ Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 *Rdnr.* 113; Fett, in: Irmeler, § 3 *Rdnr.* 9; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik 2012, § 3 *Rdnr.* 16; Preussner, in: FS Koeble, S. 465, 468.

¹⁰⁰ BR-Drucks. 334/13 S. 143.

§ 20 HOAI 1976

Mehrere Vorentwurfs- oder Entwurfsplanungen

Werden auf Veranlassung des Auftraggebers mehrere Vorentwurfs- oder Entwurfsplanungen für dasselbe Objekt nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen gefertigt, so sind für die vollständige Vorentwurfs- oder Entwurfsplanung die vollen Prozentsätze dieser Leistungsphasen nach § 3 Absatz 4 vertraglich zu vereinbaren. Bei der Berechnung des Honorars für jede weitere Vorentwurfs- oder Entwurfsplanung sind die anteiligen Prozentsätze der entsprechenden Leistungen vertraglich zu vereinbaren.

126 Dennoch war in der Rechtsprechung anerkannt, dass Wiederholungsleistungen **sämtlicher Leistungsphasen** (und nicht nur solcher der Vorentwurfs- und Entwurfsplanung) nach den Honorarbemessungskriterien der zu wiederholenden Grundleistungen honoriert werden¹⁰¹. Hiermit trat die Rechtsprechung auch einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht entgegen, die vertrag, dass Wiederholungsleistungen als Besondere Leistungen zu honorieren seien¹⁰². Die Bewertung der Rechtsprechung ist auch zutreffend, denn Besondere Leistungen sind über die Grundleistungen und damit über die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrags hinausgehenden Leistungen (vgl. § 3 Abs. 2 HOAI). Wiederholungsleistungen hingegen sind Leistungen mit denen Grundleistungen erneut erbracht werden und diese daher auch entsprechend zu honorieren sind.

127 Mit der 6. HOAI-Novelle 2009 wurde § 20 HOAI 1996/2002 zu § 10 HOAI 2009, wobei keine inhaltliche Veränderung der Norm vorgenommen wurde.

128 Nachdem im Rahmen der 7. HOAI-Novelle 2013 eine einheitliche Normierung von Mehrleistungen in § 10 HOAI erfolgt, ging die ehemalige Regelung des § 10 HOAI 2009 unter § 10 Abs. 2 HOAI auf¹⁰³.

¹⁰¹ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, NZBau 2007, 653, 656; Urteil des OLG Stuttgart vom 11.12.2007 – 10 U 154/06, BauR 2009, 842, 845; Urteil des OLG München vom 27.02.2007 – 9 U 3566/06, BauR 2007, 1442; Urteil des OLG Stuttgart vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, BauR 2007, 1270, 1276.

¹⁰² Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, NZBau 2007, 653, 656.

¹⁰³ BR-Drucks. 334/13 S. 143.

§ 10 HOAI

129

Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs

(2) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer über die Wiederholung von Grundleistungen, ohne dass sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen ändern, ist das Honorar für diese Grundleistungen entsprechend ihrem Anteil an der jeweiligen Leistungsphase schriftlich zu vereinbaren.

Nachdem bereits vor dieser Normierung in Rechtsprechung¹⁰⁴ und Literatur¹⁰⁵ anerkannt war, auch Wiederholungsleistungen der übrigen Leistungsphasen ohne das Erfordernis der grundsätzlich verschiedenen Anforderungen zu honorieren, erfasst § 10 Abs. 2 HOAI nunmehr die **Wiederholung der Grundleistungen sämtlicher Leistungsphasen**. Identisch geblieben ist, dass sich das Wiederholungshonorar anhand des prozentualen Anteils der Grundleistungen an der zu wiederholenden Leistungsphase bemisst. Zusätzlich wurde normiert, dass das Wiederholungshonorar schriftlich zu vereinbaren ist. Dennoch ist anerkannt, dass die Ergänzung der schriftlichen Vereinbarung keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Anspruchs auf Wiederholungshonorar ist, sondern einzig auf Gründen der Beweissicherung beruht (hierzu ausführlich *Rdnr. 319*). 130

3. *Normenverhältnis des § 7 Abs. 1, 5 zu § 10 HOAI*

§ 7 Abs. 1, 5 HOAI enthalten den Grundsatz, dass die Abweichung des Honorars von den Mindestsätzen einer schriftlichen Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung bedarf und nachträgliche Honorarvereinbarungen oder Abänderungen der Honorarvereinbarungen nicht zulässig sind, wodurch das Honorar von den tatsächlichen Baukosten abgekoppelt werden soll (hierzu ausführlich *Rdnr. 54 ff.*). 131

¹⁰⁴ Urteil des BGH vom 05.08.2010 – VII ZR 14/09, NZBau 2010, 706, 707; Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761 ff.; Urteil des KG Berlin vom 16.03.2010 – 7 U 53/08, Rdnr. 74 ff.; Urteil des OLG Stuttgart vom 03.05.2007 – 19 U 13/05 BauR 2009, 842, 845; Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – 5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 115; Urteil des OLG Köln vom 24.05.1993 – 7 U 154/91, BauR 1995, 576, 577.

¹⁰⁵ Berger/Fuchs 2012, Rdnr. 296; Boettcher, BauR 2000, 792, 794; Budde, in: Thode/Wirth/Kuffer § 23 Rdnr. 43; Irmeler § 33 Rdnr. 9; Deckers, NZBau 2011, 390, 392; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik 2012 § 10 Rdnr. 10, 13; Lansnicker/Schwirtzek, BauR 2000, 56, 61; Lederer, in: Lederer/Heymann, Kapitel 1 Rdnr. 174 ff; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1049; Meurer, BauR 2004, 904, 909; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 33 Rdnr. 73 unter Anwendung von § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 10 Rdnr. 14, nach Schmidt, BauR 2000, 51, 53 unter analoger Anwendung; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1020.

Dagegen enthält § 10 Abs. 1 und Abs. 2 HOAI eine spezielle Regelung zu § 7 Abs. 1, 5 HOAI (inhaltliche Spezialität)¹⁰⁶. Denn eine spezielle Regelung vor, wenn zwar die Tatbestände zweier Normen an unterschiedliche Merkmale anknüpfen, sich aber aus dem Zweck der Regelungen ergibt, dass die eine die andere in ihrem Anwendungsbereich verdrängt¹⁰⁷. Abweichend von § 7 Abs. 1, 5 HOAI bestimmt § 10 Abs. 1 HOAI, dass die Honorarberechnungsgrundlage geändert werden kann, wenn sich die Vertragsparteien während der Laufzeit des Vertrags über die Änderung des Umfangs der Leistung einigen und sich infolge dessen die anrechenbaren Kosten ändern.

Auch § 10 Abs. 2 HOAI enthält eine von § 7 Abs. 1, 5 HOAI abweichende Regelung für den Fall, dass sich die Vertragsparteien, außerhalb von Leistungsänderungen, über die Wiederholung von Grundleistungen (sog. isolierte Wiederholungsleistungen) einigen. Ohne diese Regelung würde sich die Honorierung von Wiederholungsleistungen nach den allgemeinen Honorarvorschriften der §§ 4 ff. HOAI richten. Da die Vertragsparteien bei isolierten Leistungserweiterungen einen gesonderten Werkvertrag nach § 631 Abs. 1 BGB über die Wiederholungsleistungen schließen, würde dessen Honorierung nach § 7 Abs. 1, 5 HOAI davon abhängen, ob die Parteien bei Auftragserteilung eine schriftliche Honorarvereinbarung getroffen haben. Sofern keine Honorarvereinbarung getroffen werden würde, wären die Wiederholungsleistungen gemäß § 7 Abs. 5 HOAI nach den Mindestsätzen zu honorieren. Hiervon abweichend regelt § 10 Abs. 2 HOAI, dass sich das Honorar für die Wiederholungsleistungen nach dessen Anteil an der jeweiligen Leistungsphase richtet. Das heißt, dass die für den Ursprungsauftrag geltende Honorarberechnungsgrundlage einschlägig ist und keine erneute Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung der Wiederholungsleistungen getroffen werden muss. Ansonsten wäre die Vorschrift obsolet, denn bereits nach § 8 Abs. 2 HOAI wird bei teilweiser Übertragung von Grundleistungen (also nicht der gesamten Leistungsphase) der Honorarraum auch nur für den Anteil der Grundleistungen an der jeweiligen Leistungsphase berechnet. § 10 Abs. 2 HOAI muss daher einen darüber hinausgehenden Norminhalt aufweisen, der darin liegt, dass an die Honorarberechnungsgrundlage des Ursprungsauftrags angeknüpft wird.

¹⁰⁶ a. A. Berger/Fuchs, RdNr. 287, wonach § 10 Abs. 2 HOAI einzig ein Spezialfall zu § 10 Abs. 1 HOAI sei.

¹⁰⁷ Wank, S. 100.

4. *Normenverhältnis des § 10 Abs. 1 zu § 10 Abs. 2 HOAI*

§ 10 Abs. 1 HOAI stellt auf eine Änderung der anrechenbaren Kosten ab. Demgegenüber regelt § 10 Abs. 2 HOAI, dass keine Änderung der anrechenbaren Kosten eingetreten sein darf. 134

Teilweise wird vertreten, dass die Vorschrift des § 10 Abs. 2 HOAI um folgenden Annex zu ergänzen sei: „...**auch** ohne dass sich dadurch die anrechenbaren Kosten ändern ...“¹⁰⁸. Andernfalls sei § 10 Abs. 2 HOAI in der Weise zu lesen, dass bei veränderten anrechenbaren Kosten wiederholte Leistungen nicht zu honorieren seien¹⁰⁹. § 10 Abs. 2 HOAI solle damit für sämtliche Wiederholungsleistungen Anwendung finden, also auch für solche, bei denen sich die anrechenbaren Kosten ändern¹¹⁰. Begründet wird diese Ansicht damit, dass nach der Amtlichen Begründung § 10 Abs. 2 HOAI jetzt allgemein die Wiederholung von Grundleistungen und ihre anteilmäßige Honorarberechnung regeln solle¹¹¹. 135

Hierdurch würde jedoch § 10 Abs. 2 HOAI gegen den Verordnungswortlaut (contra legem) ausgelegt, da **§ 10 Abs. 2 HOAI ausdrücklich darauf abstellt, dass keine Änderung der anrechenbaren Kosten eingetreten ist**. Dies kann auch nicht mittels der Verordnungsbegründung gerechtfertigt werden, denn der Verordnungsgeber hat nicht die Regelung sämtlicher Wiederholungsleistungen durch § 10 Abs. 2 HOAI gewollt, sondern schlicht betont, dass durch die Neuregelung des § 10 HOAI nunmehr Wiederholungsleistungen sämtlicher Leistungsphasen einer Honorarregelung unterzogen werden und nicht mehr nur solche der Vorentwurfs- und Entwurfsplanung, wie dies ursprünglich § 10 Abs. 1 HOAI 2009 vorsah¹¹². 136

Auch die ehemalige Regelung des § 10 HOAI 2009 erfasste lediglich die isolierte Wiederholung von Grundleistungen, da § 7 Abs. 5 HOAI 2009 die damalige Funktion des heutigen § 10 Abs. 1 HOAI übernahm und die honorarrechtlichen Folgen von Leistungsänderungen bestimmte. 137

Außerdem wird nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 HOAI die Honorarberechnungsgrundlage für „sämtliche Grundleistungen, die **infolge** des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind“ angepasst. Hierunter fallen auch solche Wiederholungsleistungen, die aufgrund der Leistungsänderung notwendig werden. Da diese Leistungen im Hinblick auf das geänderte Leistungsziel zu erbringen sind, ist hierfür auch die nach § 10 Abs. 1 HOAI angepasste Honorarberechnungsgrundlage maßgeblich. § 10 Abs. 2 HOAI hingegen erfasst ausschließlich Wiederholungsleis- 138

¹⁰⁸ Kooble, in: Locher/Kooble/Frik, § 10 Rdnr. 8; Werner/Siegburg, BauR 2013, 1499, 1513.

¹⁰⁹ Kooble, in: Locher/Kooble/Frik, § 10 Rdnr. 8, 28.

¹¹⁰ Werner/Siegburg, BauR 2013, 1499, 1513.

¹¹¹ Kooble, in: Locher/Kooble/Frik, § 10 Rdnr. 28.

¹¹² BR-Drucks. 334/13 S. 143

tungen, bei denen keine Änderung der anrechenbaren Kosten eintritt und daher auch keine Notwendigkeit für eine Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage besteht.

B. Vom Vertragsinhalt erfasste Mehrleistungen

139 Die Honorierung von Mehrleistungen setzt voraus, dass die Leistungen nicht bereits nach der vertraglichen Vereinbarung geschuldet sind, da sie dann keine **Mehrleistungen** sein können und mit dem vereinbarten Honorar abgegolten wären¹¹³.

140 Von der vertraglichen Vereinbarung umfasst sein können:

- Den Vertragsinhalt konkretisierende Optimierungsleistungen (*Abschnitt I*).
- Nach teilweise vertretener Ansicht unerhebliche Mehrleistungen, die eine sog. Erheblichkeitsschwelle nicht überschreiten (*Abschnitt II*).
- Mehrleistungen bis zu einem Umfang, den die Vertragsparteien als mit dem Honorar abgegolten vereinbart haben (*Abschnitt III*).

I. Optimierungsleistungen

141 Planungsleistungen wohnt eine gewisse Dynamik inne, da Planungsleistungen immanent ist, dass die Vorstellungen und Wünsche des Auftraggebers ermittelt, konkretisiert und optimiert werden¹¹⁴. Bspw. schuldet der Auftragnehmer bei Bestimmung der Leistungspflichten unter Bezugnahme auf die HOAI im Rahmen der Leistungsphase 1 das „*Klären der Aufgabenstellung auf Grundlage der Vorgaben oder der Bedarfsplanung des Auftraggebers*“ und innerhalb der Leistungsphase 2 das „*Analysieren der Grundlagen*“ sowie das „*Abstimmen der Zielvorstellungen*“.

142 Daher ist überwiegend anerkannt, dass Leistungen zur Klärung, Weiterentwicklung und fortlaufenden Optimierung (sog. Optimierungsleistungen) der Planung als Konkretisierung der vereinbarten Leistung vom bisherigen Vertragsumfang erfasst und somit vom vereinbarten Honorar abgedeckt sind¹¹⁵. **Optimierungsleistungen der Planung fallen daher regelmäßig unter den vereinbarten Vertragsinhalt und stellen grundsätzlich keine zusätzlich honorarfähigen Mehrleistungen dar.**

¹¹³ Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 323.

¹¹⁴ Schramm/Schwenker, Rdnr. 60; Berger/Fuchs, Rdnr. 269; Budde, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 23 Rdnr. 41; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1016.

¹¹⁵ Urteil des KG Berlin vom 16.03.2010 – 7 U 53/08, Abschnitt B Nr. 3; Urteil des OLG Stuttgart vom 03.05.2007 – 19 U 13/05, BauR 2009, 842, 845; Berger/Fuchs, Rdnr. 269; Budde, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 23 Rdnr. 41; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1047; Stemmer, IBR 2010, 1461. Rdnr. 26; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1016.

Da die Leistungspflichten des Auftragnehmers jedoch nicht unendlich sein können, sind Optimierungslösungen nicht mehr vom Vertragsinhalt erfasst, wenn die **Planungsleistung abgeschlossen** ist¹¹⁶. Dies ist entweder der Fall, wenn zwischen den Vertragsparteien Einigkeit darüber besteht, dass eine Planungsphase abgeschlossen ist, so dass sie den Vertragsgegenstand hierauf konkretisiert haben¹¹⁷ oder sie einen Vertrag geschlossen haben, dem eine bereits abgeschlossene Planung zugrunde liegt, so dass sich der Vertragsgegenstand ebenfalls hierauf beschränkt¹¹⁸. Danach erfolgende planerische Änderungen führen zu einer Abweichung vom vereinbarten Vertragsinhalt und sind zusätzlich zu honorieren. 143

Abgeschlossen ist die Ausführungsplanung, wenn sich die Vertragsparteien einig waren, dass das von ihnen einvernehmlich festgelegte Planungsziel insoweit erreicht war, also dies insbesondere den Vorgaben des Auftraggebers entsprach¹¹⁹. Ist die jeweilige Planungsphase nicht für das gesamte Bauobjekt vollendet, was der gängigen Praxis einer baubegleitenden Planung entspricht, ist darauf abzustellen, ob der Objektteil, auf den sich die geänderten Leistungen beziehen, von den Vertragsparteien abgeschlossen wurde. Dabei ist der Abschluss einer Leistungsphase keineswegs Voraussetzung einer Honoraranpassung, sondern, **ob die Leistung in dem Sinne abgeschlossen war, dass sich die Vertragsparteien einig waren, dass mit dieser Leistung die bis dahin geltenden Leistungsziele erreicht sind**¹²⁰. 144

Dagegen wird teilweise vertreten, dass die Natur eines (Groß-)Projektes mit sich bringe, dass die Ausführungspläne selbst bei abgeschlossener Entwurfsplanung honorarneutral weiterentwickelt und angepasst werden müssten¹²¹. Doch diese Ansicht verstößt gegen den Grundsatz der interessengerechten Auslegung¹²², da sich bereits kleinere Änderungen grundlegend auf die vorherige Planung auswirken und aufwändige erneute Planungsleistungen zur Folge haben können¹²³. Die bei Großprojekten häufig stattfindende bauteilbezogene Planung, die laufend fortgeschrieben wird, bedeutet nicht, dass dem Auftragnehmer, ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung, das Risiko auferlegt wird, auf seine Kosten verfrühte Planungen oder später deshalb nicht 145

¹¹⁶ Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 115; Berger/Fuchs, Rdnr. 275; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1049a; Schramm/Schwenker, Rdnr. 62; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1018.

¹¹⁷ Berger/Fuchs, Rdnr. 275; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1049a; Schramm/Schwenker, Rdnr. 62; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1018.

¹¹⁸ Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 115.

¹¹⁹ Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1018.

¹²⁰ Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1018.

¹²¹ Urteil des KG Berlin vom 14.01.2005 – 7 U 30/03, BauR 2005, 1179.

¹²² Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761 ff. für den Fall der Tragwerksplanung, dessen Ausführungen auch für die Objektplanung zutreffen.

¹²³ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761 ff.

brauchbare Planungen zu erstellen, weil der Auftraggeber seine Vorstellungen geändert hat¹²⁴. Denn der Auftragnehmer hat mit Vertragsabschluss keine Dauerverpflichtung übernommen, wonach er sämtliche Änderungswünsche des Auftraggebers ohne einen Anspruch auf zusätzliches Honorar umzusetzen hat. Auch wäre seine Leistung im Grunde zu keinem Zeitpunkt abnahmefähig beendet. Im Extremfall müsste er anstatt eines Einfamilienhauses einen Wolkenkratzer planen.

146 Entscheidend für den vorliegenden Zusammenhang zu Bauablaufstörungen ist, ob die Objektüberwachungsphase eine gewisse Dynamik aufweist. Nach teilweise vertretener Ansicht sind auch Objektüberwachungsleistungen dynamisch, so dass Optimierungsleistungen vom Vertragsumfang umfasst seien¹²⁵. Die Grenze der Optimierungsleistungen sei erst überschritten, wenn und soweit eine wesentliche Planungsänderung aufgrund eines unveranlassten Verhaltens des Auftraggebers vorgenommen werden müsse¹²⁶.

147 Nach anderer Ansicht bestehe im Rahmen der Objektüberwachungsphase kein Raum für Optimierungsleistungen, die vom Vertragsinhalt umfasst sind¹²⁷. Denn eine Vertragsauslegung, wonach der Auftragnehmer kostenrechtlich Änderungen des Auftraggebers an der Bauausführung als „Optimierungsleistungen“ zu tragen habe, werde alleine den Interessen des Auftraggebers gerecht¹²⁸. Dem Auftraggeber wäre es hierdurch möglich, beliebig oft Leistungen wiederholen oder ändern zu lassen, ohne dass der Auftragnehmer hierfür ein zusätzliches Honorar erhalten würde¹²⁹. Auch verwische dies die Grenzen der Verantwortungsbereiche und führe zu einer unsorgfältigen Projektvorbereitung durch den Auftraggeber¹³⁰.

148 Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Sofern die Parteien keine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen haben (hierzu ausführlich *Rdnr. 153 ff.*), **enthält die Objektüberwachungsphase keine Dynamik, so dass Änderungen der Bauausführung eine Optimierung der Leistung darstellen. Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen im Rahmen der Objektüberwachungsphase sind daher nicht mit dem vereinbarten Honorar abgegolten.** Denn die Objektüberwachung basiert auf einer abgeschlossenen Ausführungsplanung, der in der Regel

¹²⁴ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761 ff.

¹²⁵ Urteil des KG Berlin vom 16.03.2010 – 7 U 53/08, Rdnr. 76 mit Verweis auf Werner, in: Werner/Pastor 12. Auflage, Rdnr. 867, der sich alleine auf den Planungsprozess bezieht; Stemmer, IBR 2010, 1461 Rdnr. 26; Specht/Buchholz, BauR 2006, 18, 28.

¹²⁶ Urteil des KG Berlin vom 16.03.2010 – 7 U 53/08, Rdnr. 76.

¹²⁷ Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1049a; Schramm/Schwenker, Rdnr. 80; Specht/Buchholz, BauR 2006, 18, 30.

¹²⁸ Specht/Buchholz, BauR 2006, 18, 30.

¹²⁹ Specht/Buchholz, BauR 2006, 18, 30.

¹³⁰ Specht/Buchholz, BauR 2006, 18, 30.

ebenfalls eine intensive Abstimmung zwischen den am Bau Beteiligten und dem Auftraggeber durch Gestaltung von Details und der Abstimmung mit den bisherigen Planungen vorausgeht¹³¹. Hierdurch konkretisiert sich der Vertragsinhalt der Objektüberwachungsleistungen auf die abgeschlossene Ausführungsplanung, so dass Planungsänderungen vom Auftragnehmer nicht mehr geschuldet sind. Ansonsten wäre der Auftragnehmer verpflichtet, zu dem ursprünglich vereinbarten Honorar bzw. nach den Honorarparametern des ursprünglich geplanten Objektes, sämtliche auf einer Planungsänderung beruhenden Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen honorarneutral zu erbringen. Dies wäre auch nicht von einer Wortlautinterpretation der „Optimierung“ gedeckt. Denn die Optimierung wird von dem Wortlaut „Optimum“ abgeleitet, welches das beste erreichbare Resultat im Sinne eines Kompromisses zwischen verschiedenen Parametern oder Eigenschaften unter dem Aspekt einer Anwendung, einer Nutzung oder eines Zieles bezeichnet¹³². Das bedeutet, dass eine Optimierung ausschließlich im Hinblick auf ein angestrebtes Ziel bzw. eine Zweckbestimmung erreicht werden kann. Wenn der Zweck einer Planung jedoch bereits dadurch erreicht ist, dass die Vertragsparteien diese als abgeschlossen ansehen, stellt jede darauf folgende Abweichung keine Optimierung, sondern eine Änderung unter einer erneuten Zweckbestimmung dar. Auch enthält die Objektüberwachungsphase – anders als die Planungsphasen – keine Grundleistungen, die eine Optimierung der Ausführung darstellen, da die Planungs- und Vergabeleistungen bereits abgeschlossen sind und daher die ausgewählten Leistungen lediglich umgesetzt werden.

II. Erheblichkeitsschwelle

Teilweise wird vertreten, dass unerhebliche Änderungsleistungen vom vereinbarten Vertragsinhalt erfasst seien, da geringfügige Änderungen auf einer Baustelle üblich wären und daher in den normalen Rahmen des Ablaufs einer Bauüberwachung fallen würden¹³³. Zur Honorierung von Änderungsleistungen müsse daher eine Erheblichkeitsschwelle von etwa 5 % überschritten sein¹³⁴. 149

Diese Ansicht ähnelt derjenigen, wonach zwar nicht die Erheblichkeit der Leistungsänderung gefordert wird, jedoch die nach § 10 Abs. 1 HOAI erforderliche **Änderung der anrechenbaren Kosten eine Geringfügigkeitsschwelle übersteigen müsse**. Der Unterschied dieser beiden An- 150

¹³¹ Specht/Buchholz, BauR 2006, 18, 29.

¹³² <http://de.wikipedia.org/wiki/Optimum> Stand: 12.02.2015.

¹³³ Urteil des KG Berlin vom 14.02.2012 – 7 U 53/08, IBR 2013, 221 (kleine Änderungen, die im üblichen Rahmen liegen); Saerbach, FS Koeble, Rdnr. 471, 484 (5 %); Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1018.

¹³⁴ Urteil des KG Berlin vom 14.02.2012 – 7 U 53/08, IBR 2013, 221 (kleine Änderungen, die im üblichen Rahmen liegen); Saerbach, FS Koeble, Rdnr. 471, 484 (5 %); Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1018.

sichten liegt darin, dass die Forderung einer Erheblichkeitsschwelle auf die Leistung des Auftragnehmers abstellt, d. h. den Umfang der Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen. Hierdurch wird bis zum Erreichen der Erheblichkeitsschwelle eine zusätzliche Honorierung ausgeschlossen, obwohl sich die Baukosten erheblich verändern können, bspw. wenn Materialänderungen vorgenommen werden. Die andere Ansicht verlangt hingegen eine Geringfügigkeitsschwelle für die Veränderung der anrechenbaren Kosten. In der Folge erhält der Auftragnehmer keine zusätzliche Honorierung für Mehrleistungen, obwohl sich aus der – wenn auch geringfügigen Änderung – der Baukosten umfangreiche Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen des Auftragnehmers ergeben können, bspw. wenn eine tragende Kellerwand wegen Hindernissen im Baugrund um wenige Zentimeter errichtet werden soll und dadurch sämtliche Pläne überarbeitet werden müssen (hierzu ausführlich *Rdnr. 229 ff.*).

151 Die Ansicht, wonach vermeintlich geringfügige Änderungen bis zum Erreichen einer Erheblichkeitsschwelle abgegolten sind, ist abzulehnen. Denn der Leistungsumfang des Bauüberwachenden ist auf die abgeschlossene Ausführungsplanung konkretisiert (hierzu bereits unter *Rdnr. 148*), so dass jede Veränderung des Vertragsinhalts, auch wenn sie noch so gering ist, vom Auftragnehmer nicht mehr geschuldet ist¹³⁵.

152 Zudem darf das Erfordernis einer Erheblichkeitsschwelle bei Änderung des Leistungsinhalts nicht mit der Toleranzgrenze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB verwechselt werden¹³⁶. Die Toleranzgrenze der Störung der Geschäftsgrundlage beruht auf der Rechtsnatur des Pauschalpreises. Bei einem Pauschalpreis werden Mehr- und Minderleistungen grundsätzlich nicht ausgeglichen, weil die Vertragsparteien das Leistungsziel in den Vordergrund ihrer vertraglichen Abmachungen stellen und für einen pauschalierten Leistungsumfang einen Festpreis vereinbart haben¹³⁷. Der Auftraggeber übernimmt dabei das Risiko von Minderleistungen, der Auftragnehmer das Risiko von Mehrleistungen¹³⁸. Deshalb sind grundsätzlich mit dem Honorar alle Aufwendungen abgegolten, die zur Herstellung **der vereinbarten Leistung** gehören und hierfür erforderlich sind¹³⁹. Der Vertragsumfang bleibt daher unverändert. Sofern die hierfür notwendigen tatsächlichen Aufwendungen von den vertraglich vorgesehenen Aufwendungen so erheblich

¹³⁵ Seifert, *BauR* 2014, 330, 335.

¹³⁶ So aber Urteil des BGH vom 16.12.1971 – VII ZR 215/69, *juris Rdnr.* 21 ff.; Kapellmann/Schiffers, Band 2, *Rdnr.* 1112.

¹³⁷ Urteil des OLG Frankfurt vom 31.01.1986 – 22 U 103/85, *NJW-RR* 1986, 572; Werner, in: Werner/Pastor, *Rdnr.* 1515.

¹³⁸ Urteil des LG Köln vom 04.10.1991 – 82 O 86/91, *BauR* 1992, 123; Heyers, *BauR* 1983, 297, 306 f.; Vygen, in: *FS Locher*, S. 263, 265; Werner, in: Werner/Pastor, *Rdnr.* 1522.

¹³⁹ Leinemann, in: Leinemann, § 2 *Rdnr.* 432 ff.; Werner, in: Werner/Pastor, *Rdnr.* 1514.

abweichen, dass das Festhalten am Pauschalpreis einer Vertragspartei nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, wird die Toleranzgrenze überschritten, die den benachteiligten Vertragsteil nach § 313 BGB zur Vertragsanpassung bzw. –kündigung berechtigt. Etwas anderes gilt hingegen bei einer Leistungsänderung, bei der sich die Vertragsparteien auf einen abweichenden Vertragsumfang einigen und sich daher der Mehraufwendungen des Auftragnehmers bewusst sind. Die erhöhten Aufwendungen fallen auch unter keinen von den Parteien übernommenen Risikobereich. Aus diesem Grund sind die subsidiären Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und damit auch das Erfordernis einer Toleranzgrenze bei Leistungsänderungen nicht anwendbar¹⁴⁰.

III. Vertragliche Regelung über die Abgeltung von Mehrleistungen

Die Vertragsparteien können auch eine Vereinbarung darüber treffen, dass Mehrleistungen oftmals bis zu einem bestimmten Umfang vom vereinbarten Honorar abgegolten sind (*Abschnitt 1*). Da die Honorare des Architekten und Ingenieurs den Begrenzungen der HOAI unterliegen, sind vertragliche Vereinbarungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Honorarvorschriften zu überprüfen (*Abschnitt 2*). Sofern entsprechende Klauseln in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen vorgeformuliert wurden, müssen diese zusätzlich weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen nach §§ 305 ff. BGB entsprechen (*Abschnitt 3*). 153

1. Auslegung des Vertragsinhalts

Eine vertragliche Vereinbarung über die Abgeltung von Mehrleistungen setzt zunächst voraus, dass ihre Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB aus Sicht eines objektiven Empfängers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte ergibt, dass der Auftragnehmer Mehrleistungen **ohne** Anspruch auf Zusatzhonorar zu erbringen hat, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss die dem Vertrag zu Grunde liegende Planung ändert oder die isolierte Wiederholung von Grundleistungen wünscht¹⁴¹. Ansonsten liegt bereits keine vertragliche Vereinbarung über Mehrleistungen vor. 154

Da der Auftragnehmer den Umfang der Mehrleistungen und damit der Mehraufwendungen nur unschwer kalkulieren kann und er damit durch den Abschluss einer solchen Vereinbarung ein 155

¹⁴⁰ Urteil des BGH vom 29.06.2000 – VII ZR 186/99, NZBau 2000, 467; a. A. Urteil des OLG Brandenburg vom 18.07.2001 – 4 U 184/00, NZBau 2001, 689 beide Urteile unter Anwendung von § 2 Abs. 7 VOB/B der die Regelung des § 313 BGB wiedergibt; Urteil des OLG Düsseldorf vom 04.06.1991 – 23 U 173/90, BauR 1991, 774 wendet § 2 Abs. 7 VOB/B subsidiär an; Urteil des OLG Frankfurt vom 31.01.1986 – 22 U 103/85, NJW-RR 1986, 572.

¹⁴¹ Urteil des BGH vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NZBau 2008, 437, 439.

erhebliches, mitunter unkalkulierbares finanzielles Risiko übernimmt, muss das Auslegungsergebnis unzweifelhaft ergeben, dass die Mehrleistungen von der vertraglichen Vereinbarung umfasst sind. Daher gleichen die Anforderungen einer solchen Auslegung denen eines Verzichts auf Rechte und den Erlass von Forderungen. Rechtsverzichts bzw. dem Erlass von Forderungen. Dabei setzt ein Rechtsverzicht bzw. der Erlass von Forderungen den **unmissverständlichen Willen voraus, auf die Forderung zu verzichten**¹⁴², so dass Vertragsklauseln über die Abgeltung von Mehrleistungen besonders eng auszulegen sind¹⁴³.

156 Die Prüfung dieser Voraussetzungen soll anhand eines Beispiels der Rechtsprechung verdeutlicht werden. Der Bundesgerichtshof entschied mit Urteil vom 26.07.2007¹⁴⁴ über einen Sachverhalt, bei dem die Parteien vereinbarten, dass dem Auftragnehmer die Ausführungsplanung obliegt. Der Vertragstext enthielt folgende Klauseln:

„Die technische Bearbeitung umfasst das Aufstellen sämtlicher für die Bauausführung erforderlichen statischen Berechnungen, konstruktiven Bearbeitungen und Ausführungspläne.

Sind aus der Prüfung der Ausführungspläne Änderungen oder Ergänzungen des Prüfingenieurs oder des AG erforderlich, so werden hierfür keine Mehrkosten erstattet [...]“

157 Diese Klausel lässt auf den ersten Blick vermuten, dass vom Grundhonorar sämtliche Änderungen und Ergänzungen erfasst sind. Doch der BGH entschied, dass die Vertragsklausel nicht die strengen Anforderungen entsprechend eines Rechtsverzichts oder den Erlass von Forderungen erfülle. Die Vertragsklausel sei entsprechend den Interessen der Parteien und mit Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs vielmehr dahingehend auszulegen, dass dem Auftraggeber kein grenzenloses Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt werde, welches den Auftragnehmer verpflichten würde, sämtliche geänderten Leistungen unentgeltlich zu erbringen¹⁴⁵. Die Vertragsklausel fordere vom Auftragnehmer ausschließlich die ordnungsgemäße und vollständige Erfüllung seiner Vertragspflichten¹⁴⁶. Hiernach habe er lediglich solche Ergänzungs- und Ände-

¹⁴² Urteil des BGH vom 10.05.2001 – VII ZR 356/00, NJW 2001, 2325, 2326; Münchener Kommentar BGB, § 397 Rdnr. 3.

¹⁴³ Urteil des BGH vom 03.06.2008 – XI ZR 353/07, NJW 2008, 2842, 2843; Urteil des BGH vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NZBau 2008, 437, 439; Urteil des BGH vom 07.03.2006 – VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511, 1512; Urteil des BGH vom 20.12.1983 – VI ZR 19/82, NJW 1984, 1346, 1347; Grüneberg, in: Palandt, § 397 Rdnr. 6.

¹⁴⁴ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, NZBau 2007, 653, 654.

¹⁴⁵ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, NZBau 2007, 653, 657.

¹⁴⁶ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, NZBau 2007, 653, 657.

rungsleistungen unentgeltlich zu erbringen, die darauf beruhen, dass er seine Vertragsleistungen nicht mangelfrei erbracht und dies der Auftraggeber oder der Prüfenieur zu Recht beanstandet habe¹⁴⁷.

Richtigerweise folgt dies daraus, dass die Vertragsklausel auf eine Prüfung der Ausführungspläne 158
ne abstellt, aus der sich Änderungen oder Ergänzungen des Prüfenieurs oder Auftraggebers
ergeben sollen. Denn ergibt eine Prüfung die mangelhafte Leistung des Auftragnehmers, sind die
in der Folge notwendigen Änderungen und Ergänzungen vom Auftragnehmer zu erbringen. Die
Klausel erfasst daher keine Mehrleistungen, die der Auftraggeber auf Grund einer Änderung des
Leistungsziels und damit außerhalb einer Prüfung begehrt. Dafür spricht auch, dass die Klausel
Änderungen und Ergänzungen des Prüfenieurs erfasst, die üblicherweise aus einer mangelhaf-
ten Leistung resultieren. Auch wenn sich die Pflicht des Auftragnehmers, die Leistung mangel-
frei zu erbringen, bereits aus den gesetzlichen Vorschriften der §§ 631 ff. BGB ergibt, bezweckt
die Regelung darüber hinaus Streitigkeiten über die Erbringung von Ergänzungs- und Ände-
rungsleistungen im Nachgang an die Prüfung der Ausführungspläne zu vermeiden. Die vorbe-
nannte Klausel erfasst somit keine Mehrleistungen, so dass diese mehrhonorarfähig sind.

Vertragsklauseln zur Abgeltung von Mehrleistungen müssen daher zweifelsfrei ergeben, dass 159
Mehrleistungen (bis zu einer bestimmten Grenze) vom vereinbarten Honorar abgegolten sind
und kein zusätzliches Honorar des Auftragnehmers begründen.

Beispiel:

*„Der Auftraggeber behält sich vor, den Leistungsumfang des Auftragnehmers zu ändern
oder zu ergänzen. Der Auftragnehmer kann hieraus keine weiteren Honoraransprüche o-
der Ansprüche auf Ersatz der in diesem Zusammenhang entstandenen Mehraufwendungen
verlangen, sondern die infolge der Leistungsänderung zu erbringenden Änderungs-, Wie-
derholungs- und Zusatzleistungen nicht den Gesamtleistungsumfang um plus/minus 10 %
übersteigen.“*

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Klausel nach den Vorschriften der HOAI wirksam ist (Ziffer
2) und als Allgemeine Geschäftsbedingung mit den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB vereinbar
wäre (Ziffer 3).

¹⁴⁷ Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, NZBau 2007, 653, 657.

2. *Wirksamkeit der Vertragsklauseln nach den Vorschriften der HOAI*

160 Vertragsklauseln über die Abgeltung von Mehrleistungen müssen mit den Regelungen der HOAI vereinbar sein, sofern die jeweiligen Leistungen vom Anwendungsbereich der Verordnung erfasst sind. Dabei gilt: Soweit die von den Parteien vereinbarten Grundleistungen vom Anwendungsbereich der HOAI erfasst sind, trifft dies auch auf Mehrleistungen zu, mit denen diese Grundleistungen wiederholt oder geändert werden.

161 Für Mehrleistungen regelt die HOAI, dass bei Leistungsänderungen nach § 10 Abs. 1 HOAI die Honorarberechnungsgrundlage anzupassen „ist“ und bei isolierten Wiederholungsleistungen ein Honorar entsprechend ihres Anteils an den Leistungsphasen zu vereinbaren „ist“. Die Honorierung von Mehrleistungen ist daher fest vorgeschrieben.

162 Dennoch haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, nach § 7 Abs. 1 HOAI bei Auftragserteilung eine **schriftliche Honorarvereinbarung für sämtliche Grundleistungen im Rahmen des einschlägigen Mindest- und Höchstsatzes unter Abgeltung von Mehrleistungen zu vereinbaren**, sofern hierdurch nicht der Honorarraum für sämtliche Grundleistungen (also auch die Mehrleistungen) überschritten werden würde¹⁴⁸. Denn den Vertragsparteien bleibt überlassen, sich im Rahmen des jeweiligen Mindest- und Höchstsatzes über das konkrete Honorar zu einigen. So lange nicht der Mindestsatz für sämtliche Grundleistungen unterschritten wird, kann vereinbart werden, dass Mehrleistungen mit dem Honorar abgegolten ist. Hierbei sollte jedoch nur vereinbart werden, dass ein gewisser Anteil von Mehrleistungen mit dem vereinbarten Honorar abgegolten ist. Andernfalls droht eine Unterschreitung des Mindestsatzes. Denn die Vertragsparteien wissen im Zeitpunkt der Auftragserteilung, in dem nach § 7 Abs. 1 HOAI die Vereinbarung zu treffen ist, nicht, welche Mehrleistungen im Laufe der Verwirklichung des Bauvorhabens entstehen werden. Sie können daher vorab nicht kalkulieren, in welcher Höhe schlussendlich der Mindestsatz für sämtliche Grundleistungen besteht. Treten Mehrleistungen in einem Umfang auf, der die Vorstellungen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übersteigt, könnte daher der Mindestsatz unterschritten werden.

163 In jedem Fall wird der Mindestsatz überschritten, wenn eine Vereinbarung getroffen wird, wonach der Mindestsatz für die Grundleistungen vereinbart wird und zusätzlich Mehrleistungen abgegolten werden. Denn bei Erweiterung des Leistungsumfangs um Mehrleistungen ist nach der Honorartabelle auch ein höherer Mindestsatz einschlägig, der durch die Vereinbarung des

¹⁴⁸ Deckers NZBau 2011, 390, 392; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 5.

Mindestsatzes lediglich für die Grundleistungen unterschritten werden würde. Die Honorarvereinbarung wäre daher nach § 7 Abs. 1 HOAI unwirksam. **Um eine Unterschreitung des Mindestsatzes zu verhindern, müssen die Vertragsparteien sicherstellen, dass künftig notwendige Mehrleistungen durch die Überschreitung des Mindestsatzes abgedeckt sind.**

Dennoch hat die Unterschreitung des Mindestsatzes durch die Beauftragung von Mehrleistungen 164 keine erheblichen Konsequenzen zur Folge. Nach § 7 Abs. 5 HOAI finden im Falle unwirksamer Honorarvereinbarungen die Mindestsätze Anwendung. Das heißt, dem Auftraggeber droht allenfalls, dass die Mehrleistungen, soweit sie den Mindestsatz unterschreiten, nach dem einschlägigen Mindestsatz abgegolten werden, das Honorar also insofern angehoben wird.

3. *Zulässigkeit nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB*

Sofern Vertragsklauseln über die Abgeltung von Mehraufwendungen in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart werden (*Abschnitt 3.1*), müssen sie außerdem den Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 305 ff. BGB entsprechen (*Abschnitt 3.2*). 165

3.1. *Vorliegen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung nach § 305 BGB*

Eine Vertragsklausel ist als AGB im Sinne des § 305 BGB zu bewerten, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von einer Vertragspartei gegenüber der anderen bei Vertragsschluss gestellt wurde. Dabei ist eine Klausel vorformuliert, wenn sie für eine mehrfache Verwendung aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert wurde¹⁴⁹. Wird eine Klausel tatsächlich dreimal oder mehrfach verwendet, wird (widerleglich) vermutet, dass sie nicht nur für einen bestimmten Vertrag, sondern für eine Vielzahl von Verträgen formuliert worden ist¹⁵⁰, wobei eine tatsächliche wiederholte Verwendung nicht erforderlich ist¹⁵¹. Vielmehr reicht die Absicht des Verwenders aus, die Klausel mehrfach vereinbaren zu wollen¹⁵². Gestellt wird eine Klausel von einer Vertragspartei, wenn sie vom Verwender dem Vertragspartner vorgelegt und die Vereinbarung verlangt wurde¹⁵³. 166

¹⁴⁹ Urteil des BGH vom 03.04.1998 – V ZR 6/97, NJW 1998, 2600; Urteil des BGH vom 30.09.1987 – IVa ZR 6/86, BGH, NJW 1988, 410; Becker, in: BeckOK BGB § 305 Rdnr. 16.

¹⁵⁰ Urteil des BGH vom 27.09.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, 139; Urteil des BGH vom 26.09.1996 – VII ZR 318/95, NJW 1997, 135; Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rdnr. 23.

¹⁵¹ Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rdnr. 24; Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn 15.

¹⁵² Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rdnr. 24; Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn 15.

¹⁵³ Urteil des BGH vom 29.01.1982 – V ZR 82/81, NJW 1982, 1035; Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rdnr. 25.

167 Hingegen stellt eine Vertragsklausel gemäß § 305b BGB keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, wenn sie individuell ausgehandelt wurde (sog. Individualvereinbarung). Dies ist der Fall, wenn der Inhalt der Klausel ernsthaft zwischen den Vertragsparteien zur Disposition stand und der Vertragspartner des Verwenders zur Wahrung seiner eigenen Interessen gestaltend mitgewirkt hat¹⁵⁴.

3.2. *Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

168 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 307 BGB einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Hiernach sind solche **Vertragsklauseln unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**. Hieraus folgt, dass sich alleine der Vertragspartner des Verwenders auf die Unwirksamkeit berufen kann. Da üblicherweise Auftraggeber Vertragsklauseln stellen, wonach Mehrleistungen mit dem vereinbarten Honorar abgegolten sind¹⁵⁵, könnte der Auftragnehmer die Unwirksamkeit einwenden.

169 Eine **unangemessene Benachteiligung** liegt nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel vor, wenn die Klausel gegen die wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen verstößt. Dies ist der Fall, **wenn nach der Klausel sämtliche Mehrleistungen honorarneutral vereinbart werden**. Denn die Honorarregelungen des § 10 Abs. 1 und 2 HOAI sehen eine zwingende („ist“) Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage bzw. Vereinbarung eines Honorars für Wiederholungsleistungen vor, um dem Auftragnehmer eine nachträgliche Anpassung seines Honorars an die Veränderung vertragswesentlicher Umstände zu gewähren. Auch die §§ 631, 632 BGB gehen von einer Vergütungspflichtigkeit von Werkleistungen aus¹⁵⁶. Auch stehen nach den §§ 320 ff. BGB Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen in einem Synallagma¹⁵⁷. Gegen diese Grundgedanken gesetzlicher Normen würde eine Klausel verstoßen, wenn sämtliche Mehrleistungen abgegolten werden, die der Auftraggeber beauftragt. Außerdem würde der Auftragnehmer dadurch unangemessen benachteiligt werden, dass ihm hierdurch das gesamte Kostenri-

¹⁵⁴ Urteil des BGH vom 19.05.2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543, 2544; Urteil des BGH vom 27.04.1988 – VIII ZR 84/87, NJW 1988, 2465, 2466; Becker, in: BeckOK BGB, § 305 Rdnr. 34.

¹⁵⁵ Im Folgenden wird unterstellt, dass der Auftraggeber die Klausel stellt, da nicht angenommen werden kann, dass ein Auftragnehmer eine Klausel stellen würde, wonach Mehrleistungen infolge von Leistungsänderungen vom Vertragsinhalt und damit vom vereinbarten Honorar erfasst sind.

¹⁵⁶ Urteil des OLG Frankfurt vom 07.06.1985 – 6 U 148/84, NJW-RR 1986, 245; Urteil des LG München vom 02.03.1994 – 21 O 21162/93; Hofmann, in: Glatzel/Hofmann/Friel, S. 168; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Fn. 1293; Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, Rdnr. 298.

¹⁵⁷ Urteil des BGH vom 05.06.1997 – VII ZR 54/96, NJW-RR 1997, 1513; Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, Rdnr. 217, 305.

siko auferlegt werden würde¹⁵⁸. Im Extremfall könnte der Auftraggeber ein Einfamilienhaus zu einem Wolkenkratzer ändern, ohne den Auftragnehmer für die Mehrleistungen zu entlohnen.

Doch auch eine **Klausel, wonach das Honorar Mehrleistungen bis zu einer Grenze von +/- 10 % des Gesamtleistungsumfangs umfasst**, ist unwirksam nach § 307 BGB¹⁵⁹. Denn diese benachteiligt den Auftragnehmer ebenfalls unangemessen, da sie gegen die Grundgedanken der genannten gesetzlichen Normen verstößt. Dies wird auch nicht dadurch herabgemildert, dass nicht sämtliche Abweichungen mit dem vereinbarten Honorar abgegolten sind, sondern nur Abweichungen bis zu 10 % erfasst. Entscheidend ist, dass die Norm keine ausgleichende Komponente für den Auftragnehmer enthält. Auch bei Mindermengen erfährt der Auftragnehmer keinen gleichwertigen Vorteil, wie der Auftraggeber dies bei Mehrmengen erfährt, da eine Leistungsreduzierung eine Teilkündigung des Auftragnehmers darstellt und er somit gemäß § 649 Satz 2 BGB einen Anspruch auf das Honorar für die reduzierten Leistungen abzgl. der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise Erlangten hätte¹⁶⁰. Eine wirksame Klausel müsste sicherstellen, dass der Auftragnehmer einen finanziellen Ausgleich erhält, indem bspw. für Mehrleistungen eine pauschale Honorarerhöhung bis zu 10 % erfolgt, die mindestens über dem jeweiligen Mindestsatz für die gesamten Leistungen liegt. Für Minderleistungen könnten dem Auftragnehmer für die nicht erbrachten Leistungen entsprechend § 649 Satz 2 BGB 5 % des vereinbarten Honorars gewährt werden, sofern er nicht nachweist, dass die ersparten Aufwendungen und der anderweitige Erwerb geringer als 95 % des Honorars sind.

C. Honoraransprüche bei Leistungsänderungen

Eine Leistungsänderung liegt vor, wenn die Beschaffenheit des zu planenden Objekts (bzw. Leistungsziel) verändert wird¹⁶¹, dieses also verkleinert, vergrößert oder anders gestaltet wird. Dabei kann sich durch Veränderung des Objektes auch der Leistungsumfang ändern, indem bspw. Grundleistungen hinzutreten oder wegfallen (zu den Grundbegriffen *Rdnr. 109 ff.*).

Die Honorierung von Leistungsänderungen kann nicht einheitlich bemessen werden. Vielmehr setzt sich das Gesamthonorar bei Leistungsänderungen aus mehreren Honorarteilen zusammen, deren Voraussetzungen, als auch der Umfang der Honorierung, voneinander abweichen:

¹⁵⁸ so auch im Fall des BGH mit Urteil vom 17.09.2009 – III ZR 207/08, NJW 2010, 57, 58.

¹⁵⁹ Urteil des OLG Frankfurt vom 07.06.1985 – 6 U 148/84, NJW-RR 1986, 245; Urteil des LG München vom 02.03.1994 – 21 O 21162/93; Hofmann, in: Glatzel/Hofmann/Friel, S. 168; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Fn. 1293; Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, Rdnr. 298.

¹⁶⁰ Urteil des OLG Frankfurt vom 07.06.1985 – 6 U 148/84, NJW-RR 1986, 245, 246; Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, Rdnr. 298.

¹⁶¹ Berger/Fuchs, Rdnr. 287.

- Bis zur Leistungsänderung erbrachte Grundleistungen (*Abschnitt I*)
- Nach der Leistungsänderung erbrachte Grundleistungen (*Abschnitt II*)
 - Im Zeitpunkt der Leistungsänderung noch nicht erbrachte Grundleistungen (Änderungsleistungen)
 - Bereits erbrachte Grundleistungen, die infolge der Leistungsänderung wiederholt zu erbringen sind (Wiederholungsleistungen)
 - Nicht vom bisherigen Vertragsumfang umfasste Grundleistungen, die infolge der Leistungsänderung zusätzlich zu erbringen sind (Zusatzleistungen)
- Noch nicht erbrachte und infolge der Leistungsänderung nicht mehr erforderliche Grundleistungen (Entfallene Grundleistungen) (*Abschnitt F*)

Auf die **bis zur Leistungsänderung erbrachten Grundleistungen** hat eine Leistungsänderung keinen Einfluss mehr. Einigen sich die Vertragsparteien bspw. nach Erbringung der Leistungsphasen 1 – 3 über eine Leistungsänderung, wirkt sich diese auf diese Grundleistungen nicht mehr aus. Sie werden daher nach der Beschaffenheit des ursprünglich vereinbarten Leistungsobjekts honoriert. Davon zu unterscheiden sind erbrachte Grundleistungen, die infolge der Leistungsänderung zu wiederholen sind (hierzu ausführlich *Rdnr. 175 ff.*).

173 Hingegen sind von der Leistungsänderung die Grundleistungen betroffen, die **im Zeitpunkt der Leistungsänderung noch nicht erbracht wurden** und durch die Leistungsänderung im Hinblick auf das geänderte Leistungsobjekt zu erbringen sind, sofern sie nicht infolge der Leistungsänderung entfallen (**Änderungsleistungen**)¹⁶². Einigen sich die Parteien bspw. nach Abschluss der Leistungsphase 3 über eine Leistungsänderung, sind sämtliche ab der Leistungsphase 4 vereinbarten Grundleistungen noch nicht erbracht und daher in Bezug auf das geänderte Leistungsobjekt zu erbringen. Um die Parameter des veränderten Leistungsobjektes bei der Honorierung zu berücksichtigen, sind Änderungsleistungen gemäß § 10 Abs. 1 HOAI durch Anpassung der Berechnungsgrundlage zu honorieren (hierzu ausführlich *Rdnr. 201 ff.*). Dies erfasst auch die **Verringerung des Leistungsobjektes**, da eine Honoraranpassung sowohl nach oben, als auch nach unten möglich ist. Durch eine Leistungsverringerung wird daher das Honorar des Auftragnehmers verkürzt. Sofern dies eine Teilkündigung des Auftraggebers darstellt, wäre hierfür dem Auftragnehmer nach § 649 Satz 2 BGB eine Entschädigung zu zahlen (hierzu ausführlich *Rdnr. 338 ff.*).

¹⁶² Berger/Fuchs, *Rdnr. 288 und Abb. 4.*

Da die erbrachten Grundleistungen nach der Berechnungsgrundlage des unveränderten Objekts 174 zu honorieren sind und für die nicht erbrachten Grundleistungen (soweit diese nicht infolge der Leistungsänderung entfallen) die Berechnungsgrundlage an das geänderte Objekt anzupassen ist, sind diese Grundleistungen nach ihrem jeweiligen Anteil zu trennen.

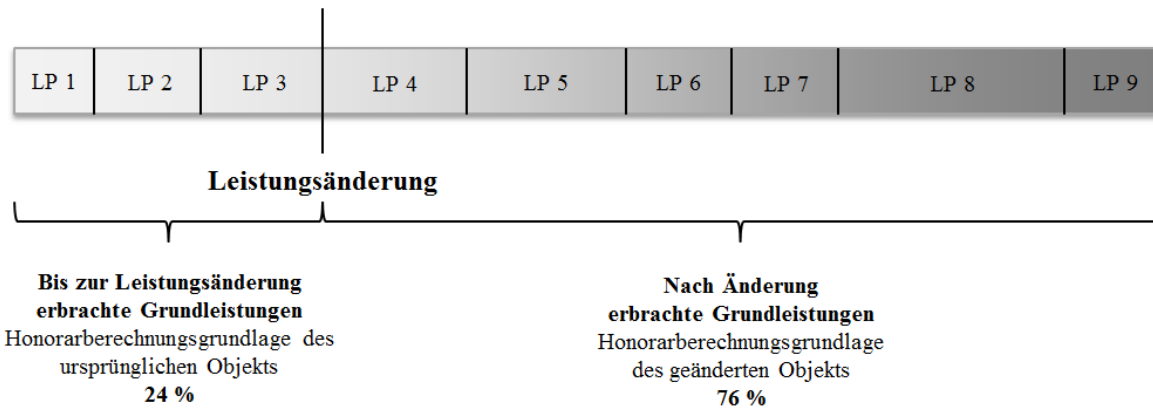


Abbildung 8: Trennung erbrachter und nicht erbrachter Grundleistungen bei Leistungsänderung

Auch können durch eine Leistungsänderung Grundleistungen notwendig werden, die bis zur 175 Leistungsänderung bereits erbracht wurden, jedoch anschließend erneut zu erbringen sind (**Wiederholungsleistungen**). Dies sind insbesondere Planungsleistungen, die wegen einer Leistungsänderung wiederholt werden müssen. Da Wiederholungsleistungen – wie Änderungsleistungen – im Hinblick auf das geänderte Leistungsobjekt zu erbringen sind, ist für deren Honorierung ebenfalls gemäß § 10 Abs. 1 HOAI die Honorarberechnungsgrundlage an das geänderte Leistungsobjekt anzupassen (hierzu ausführlich *Rdnr. 288*).

Durch Leistungsänderungen können zudem Grundleistungen erforderlich werden, die bisher 176 noch nicht Vertragsinhalt waren (**Zusatzleistungen**). Bspw. wenn infolge der Änderung des Objektes bisher nicht notwendige Fachplanungen, wie Tragwerksplanungen, oder die Planung und Überwachung technischer Ausrüstungen erforderlich werden. Da diese Grundleistungen ebenfalls im Hinblick auf das geänderte Leistungsobjekt zu erbringen sind, ist auch für deren Honorierung gemäß § 10 Abs. 1 HOAI die an das geänderte Leistungsobjekt angepasste Honorarberechnungsgrundlage maßgeblich (hierzu ausführlich *Rdnr. 303 ff.*).

177

Auch können Leistungsänderungen dazu führen, dass Grundleistungen, die ursprünglich von den Vertragsparteien vereinbart wurden, nicht mehr notwendig sind (**Entfallene Grundleistungen**)¹⁶³. Dies kann als Teilkündigung des Auftraggebers zu werten sein, so dass der Auftragnehmer gemäß § 649 Satz 2 BGB gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Entschädigung haben kann (hierzu ausführlich *Rdnr. 338 ff.*).

I. Honoraranspruch für die bis zur Leistungsänderung erbrachten Grundleistungen

178 Um das Honorar für die von der Leistungsänderung nicht betroffenen Grundleistungen zu ermitteln, ist zunächst deren Umfang festzustellen (*Abschnitt 1*). Die Höhe des Honorars richtet sich anschließend nach der Honorarberechnungsgrundlage des unveränderten Leistungsobjekts, da Leistungsänderungen auf bereits erbrachte Grundleistungen keinen Einfluss mehr haben können (*Abschnitt 2*).

1. Bestimmung des Umfangs der erbrachten Grundleistungen

179 Wie bereits im Rahmen der Einführung geschildert, basiert die HOAI auf einer Unterteilung in Leistungsbildern, Leistungsphasen und Grundleistungen (hierzu ausführlich *Rdnr. 40 ff.*). Dabei ergeben **sämtliche Grundleistungen eines Leistungsbildes 100 %**. Jede Leistungsphase hat nach dem jeweiligen Leistungsbild einen prozentualen Anteil an dieser Gesamtleistung. Bei der Gebäudeerrichtung regelt dies § 34 Abs. 3 HOAI. Die Bauüberwachung hat bspw. einen Leistungsanteil von 32 %. Den prozentualen Anteil der Grundleistungen an den Leistungsphasen regelt die HOAI nicht, so dass hierzu auf die einschlägigen Bewertungstabellen bzw. die Bewertung eines Sachverständigen zurückzugreifen ist¹⁶⁴. Wurden Grundleistungen lediglich teilweise erbracht, ist zur Bewertung der erbrachten Leistungen gänzlich die Beurteilung eines Sachverständigen notwendig.

2. Honorarberechnungsgrundlage

180 Die Honorarberechnungsgrundlage richtet sich danach, ob die Vertragsparteien gemäß § 7 Abs. 1 HOAI eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen haben. Ist dies nicht der Fall, gelten nach § 7 Abs. 5 HOAI die Mindestsätze als vereinbart.

¹⁶³ Berger/Fuchs, *Rdnr. 319*.

¹⁶⁴ Bspw. Locher/Koeble/Frik, Anhang 3; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 8 *Rdnr. 36*; Siemon, Anhang 1

2.1. Honorarbemessung bei wirksamer Honorarvereinbarung

Haben die Vertragsparteien eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen (zu den Voraussetzungen *Rdnr. 451 ff.*), richtet sich die Honorarhöhe der erbrachten Grundleistungen nach der jeweiligen Parteivereinbarung. Den Parteien bleibt es überlassen, ausschließlich die Honorarberechnungsparameter (Leistungsbild, anrechenbare Kosten, Honorarzone, Honorarsatz, Grundleistungen) festzulegen (*Abschnitt 2.1.1*) oder ein Pauschalhonorar für einen bestimmten Umfang an Grundleistungen betragsmäßig zu beziffern (*Abschnitt 2.1.2*). 181

2.1.1 Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter

Haben die Parteien wirksam ein Pauschalhonorar unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter vereinbart, ist das Gesamthonorar unter Anwendung der einschlägigen Honorartabelle zu berechnen und ins Verhältnis zum vereinbarten Umfang der Grundleistungen zu setzen. 182

Die Berechnungsformel für das Honorar der erbrachten Grundleistungen bei Vereinbarung von Honorarberechnungsparametern (H_{eG}) lautet: 183

$$H_{eG} = H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS} * G_e$$

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS}$ = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff HOAI [in €]

mit:

AK_{alt} = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]

HZ_{alt} = Honorarzone des unveränderten (= I, II, ...) Objekts

HS = Honorarsatz [in % des Honorarrahmens]

G_e = erbrachte Grundleistungen [in %]

Beispiel: Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit sämtlichen Leistungsphasen zur Errichtung eines Gebäudes, dessen anrechenbaren Kosten 500.000,- € betragen und welches der Honorarzone III entspricht. Die Parteien vereinbaren wirksam die Anwendung des Höchstsatzes. Nach Abschluss der Grundleistungen der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und das der Honorarzone IV zuzuordnen ist. 184

Lösung:

Umfang der erbrachten Grundleistungen: Bis zur Leistungsänderung wurden die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 erbracht. Diese werden nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 – 3 HOAI mit einem Anteil von 24 % bewertet. 185

Honorarberechnungsgrundlage: Die Parteien haben sich nicht über ein konkretes Pauschalhonorar geeinigt, sondern die Honorarberechnungsparameter festgelegt. Da sich die erbrachten Grundleistungen einzig auf das unveränderte Objekt beziehen, sind ausschließlich dessen Honorarberechnungsparameter heranzuziehen (anrechenbare Kosten: 500.000,- €; Honorarzone: III; Honorarsatz: Höchstsatz). Unter Anwendung der Honorartabelle für das Leistungsbild Gebäude nach § 35 Abs. 1 HOAI (zur Berechnung im Einzelnen *Rdnr. 49 ff.*) beträgt das Honorar für alle Leistungsphasen (100 %) 78.449,00 € netto. **Die Honorarberechnungsparameter des geänderten Objekts** (anrechenbare Kosten: 750.000,- €; Honorarzone: IV) **sind für die Berechnung des Honorars für die erbrachten Grundleistungen unbeachtlich.** Diese gewinnen erst Bedeutung, wenn das Honorar für die von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen berechnet wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 201 ff.*).

Berechnung des Beispiels:

$$H_{eG} = H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS} * G_e$$

$$H_{eG} = 78.449,00 \text{ €} * 0,24$$

$$H_{eG} = 18.827,76 \text{ €}$$

Das Honorar für die erbrachten Grundleistungen (24 %) beträgt 18.827,76 € netto.

2.1.2 Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars

186 Haben die Parteien wirksam eine Honorarvereinbarung getroffen, wonach das Pauschalhonorar der Höhe nach beziffert wurde, ist vorab festzustellen, ob das Pauschalhonorar für sämtliche Leistungsphasen (100 %) (*Abschnitt 2.1.2.1*) oder nur für bestimmte Leistungsphasen bzw. Grundleistungen vereinbart wurde (*Abschnitt 2.1.2.2*).

187 2.1.2.1 Vereinbarung eines Pauschalhonorars für sämtliche Grundleistungen

Wurde das Pauschalhonorar für sämtliche Grundleistungen (100 %) vereinbart, ist dieses ins Verhältnis zu den erbrachten Grundleistungen zu setzen.

188 Die Berechnungsformel für das Honorar der erbrachten Grundleistungen (H_{eG}) lautet:

$$H_{eG} = H_b * G_e$$

$$\begin{array}{lll} H_b & = & \text{beziffertes Honorar} \quad [\text{in €}] \\ G_e & = & \text{erbrachte Grundleistungen} \quad [\text{in \%}] \end{array}$$

Beispiel: Die Parteien vereinbaren für die Errichtung eines Wohnhauses der Honorarzone III mit anrechenbaren Kosten von 500.000,- € ein Honorar von 65.000,- € netto für sämtliche Grundleistungen. Nach Abschluss der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und der Honorarzone IV zuzuordnen ist. 189

Lösung:

190

Umfang der erbrachten Grundleistungen: Bis zur Leistungsänderung wurden die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 erbracht. Diese werden nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 – 3 HOAI mit einem Anteil von 24 % bewertet.

Honorarberechnungsgrundlage: Die Parteien haben wirksam ein Pauschalhonorar in Höhe von 65.000 € netto für sämtliche Grundleistungen vereinbart. Die Honorarberechnungsparameter des unveränderten Objekts haben daher für die Berechnung des Honorars für die erbrachten Grundleistungen keine Bedeutung. Da sich die erbrachten Grundleistungen einzig auf das unveränderte Objekt beziehen, sind auch die Honorarberechnungsparameter des geänderten Objekts (anrechenbare Kosten: 750.000,- €; Honorarzone: IV) unbächtig. Diese gewinnen erst Bedeutung, wenn das Honorar für die von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen berechnet wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 201 ff.*).

Berechnung des Beispiels:

$$H_{eG} = H_b * G_e$$

$$H_{eG} = 65.000,00 € * 0,24$$

$$H_{eG} = 15.600,00 €$$

Das Honorar für die erbrachten Grundleistungen (24 %) beträgt 15.600,00 € netto.

2.1.2.2 Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

Haben die Parteien ein Pauschalhonorar der Höhe nach beziffert und nur bestimmte Grundleistungen vereinbart, ist ein weiterer Zwischenschritt notwendig. Denn die für die Grundleistungen von dem jeweiligen Leistungsbild der HOAI vorgenommene prozentuale Bewertung bezieht sich auf sämtliche vom jeweiligen Leistungsbild vorgesehene Grundleistungen (100 %). Auch die Tabellen zur Bewertung des Anteils der Grundleistungen an den Leistungsphasen basieren hierauf. Vereinbarten die Parteien ein Honorar nicht für 100 % der Grundleistungen, sondern ledig- 191

lich für anteilige Grundleistungen, würde die Multiplikation der nach der HOAI bewerteten Grundleistungen mit dem Honorar für die anteiligen Grundleistungen zu einer fehlerhaften Berechnung führen. Daher ist vorab das vereinbarte Pauschalhonorar für 100 % der Grundleistungen zu berechnen und erst anschließend mit dem Anteil der Grundleistungen zu multiplizieren.

192 Die Berechnungsformel für das 100%-Honorar ($H_{100\%}$) lautet:

$$H_{100\%} = \frac{H_b}{G_v}$$

$$\begin{array}{lll} H_b & = & \text{bezahltes Honorar} \quad [in \text{ €}] \\ G_v & = & \text{vereinbarte Grundleistungen} \quad [in \%] \end{array}$$

193 **Beispiel:** Die Parteien vereinbaren für die Errichtung eines Wohnhaus der Honorarzone III mit anrechenbaren Kosten von 500.000,- € ein Honorar von 63.000,- € netto für die Leistungsphasen 1 – 8. Nach Abschluss der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und das der Honorarzone IV zuzuordnen ist.

194 **Lösung:**

Umfang der erbrachten Grundleistungen: Bis zur Leistungsänderung wurden die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 erbracht. Diese werden nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 – 3 HOAI mit einem Anteil von 24 % bewertet.

Berechnung des 100%-Honorars: Das Honorar wurde für die Leistungsphasen 1 – 8 vereinbart. Diese werden nach § 34 Abs. III Nr. 1 – 8 HOAI mit einem Anteil von 98 % bewertet, wofür die Parteien 63.000 € netto vereinbart haben.

Berechnung des Beispiels:

$$H_{100\%} = \frac{H_b}{G_v}$$

$$H_{100\%} = \frac{63.000,00 \text{ €}}{0,98}$$

$$H_{100\%} = 64.285,71 \text{ €}$$

Das Honorar für 100 % der Grundleistungen würde 64.285,71 € netto betragen.

195 Die kombinierte Berechnungsformel für das Honorar der erbrachten Grundleistungen (H_{eG}) bei teilweise vereinbartem Umfang der Grundleistungen lautet:

$$H_{eG} = \frac{H_b}{G_v} * G_e$$

H_b	=	beziffertes Honorar	[in €]
G_v	=	vereinbarte Grundleistungen	[in %]
G_e	=	erbrachte Grundleistungen	[in %]

Berechnung des Beispiels:

196

$$H_{eG} = \frac{H_b}{G_v} * G_e$$

$$H_{eG} = \frac{63.000,00 \text{ €}}{0,98} * 0,24$$

$$H_{eG} = 15.428,57 \text{ €}$$

Das Honorar für die erbrachten Grundleistungen (24 %) beträgt 15.428,57 € netto.

2.2. Honorarberechnungsgrundlage bei unterbliebener oder unwirksamer Honorarvereinbarung

Haben die Vertragsparteien keine Honorarvereinbarung getroffen oder ist diese unwirksam, bspw. weil die Schriftform nicht eingehalten oder der Mindestsatz unzulässig unterschritten wurde, ist das Gesamthonorar gemäß § 7 Abs. 5 HOAI anhand der einschlägigen Honorartabelle unter **Anwendung des Mindestsatzes** zu berechnen und ins Verhältnis zu den erbrachten Grundleistungen zu setzen. 197

Die Berechnungsformel für das Honorar der erbrachten Grundleistungen (H_{eG}) lautet:

198

$$H_{eG} = H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} * G_e$$

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS}$	=	Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff HOAI	[in €]
mit:			
AK_{alt}	=	anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts	[in €]
HZ_{alt}	=	Honorarzone des unveränderten Objekts	(= I, II, ...)
HS_m	=	Honorarmindestsatz	(= 0 % des Honorarrahmens)
G_e	=	erbrachte Grundleistungen	[in %]

199 **Beispiel:** Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit sämtlichen Leistungsphasen zur Errichtung eines Gebäudes, dessen anrechenbaren Kosten 500.000,- € betragen und welches der Honorarzone III entspricht. Anschließend vereinbaren die Parteien die Anwendung des Höchstsatzes. Nach Abschluss der Grundleistungen der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und das der Honorarzone IV zuzuordnen ist.

200 **Lösung:**

Umfang der erbrachten Grundleistungen: Bis zur Leistungsänderung wurden die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 erbracht. Diese werden nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 – 3 HOAI mit einem Anteil von 24 % bewertet.

Honorarberechnungsgrundlage: Die Parteien haben einen Vertrag über die Erbringung von Architekten- bzw. Ingenieurleistungen geschlossen, ohne eine Honorarvereinbarung zu treffen. Die nachträgliche Vereinbarung des Höchstsatzes ist unwirksam nach § 7 Abs. 1, 5 HOAI, so dass die Mindestsätze anzuwenden sind. Hiernach beträgt das 100%-Honorar 62.900,00 €.

Die Honorarberechnungsparameter des geänderten Objekts sind unbeachtlich, da die erbrachten Grundleistungen im Hinblick auf das unveränderte Objekt erbracht wurden. Diese gewinnen erst Bedeutung, wenn das Honorar für die von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen berechnet wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 201 ff.*).

Berechnung des Beispiels:

$$H_{eG} = H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} * G_e$$

$$H_{eG} = 62.900,00 \text{ €} * 0,24$$

$$H_{eG} = 15.069,00 \text{ €}$$

Das Honorar für die erbrachten Grundleistungen (24 %) beträgt 15.069,00 € netto.

II. *Honoraranspruch für die von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen nach § 311 Abs. 1 BGB i.V.m. § 10 Abs. 1 HOAI*

Sämtliche **von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen** sind nach § 10 Abs. 1 HOAI durch Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage zu honorieren (zur Abgrenzung zu § 10 Abs. 2 HOAI Rdnr. 134 ff.).

§ 10

Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs

(1) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer während der Laufzeit des Vertrags darauf, dass der Umfang der beauftragten Leistung geändert wird, und ändern sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen, so ist die Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind, durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.

§ 10 Abs. 1 HOAI enthält eine zeitliche Abfolge zur Anpassung des Honorars. Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm müssen sich die Vertragsparteien während der Laufzeit des Vertrags über die Änderung des Umfangs der beauftragten Leistung geeinigt und sich hierdurch die anrechenbaren (Bau-)Kosten des Objektes geändert haben (*Abschnitt 1*). Liegen diese Voraussetzungen vor, bestimmt § 10 Abs. 1 HOAI in der Rechtsfolge, dass die Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind, durch schriftliche Vereinbarung anzupassen ist (*Abschnitt 2*).

I. *Voraussetzungen der Honoraranpassung*

Voraussetzung zur Anwendung des § 10 Abs. 1 HOAI ist, dass sich die Vertragsparteien während der Laufzeit des Vertrags über die Änderung des Leistungsumfangs geeinigt und sich hierdurch die anrechenbaren Kosten geändert haben.

1.1. *Einigung über die Änderung des Leistungsumfangs nach § 311 Abs. 1 BGB*

Die Einigung der Parteien über die Änderung des Leistungsinhalts stellt zivilrechtlich einen Änderungsvertrag nach § 311 Abs. 1 BGB dar, da sich die Vertragsparteien durch zwei wirksame Willenserklärungen auf eine Variation der Leistungspflichten verständigen¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Gehrlein/Sutschet, in: BeckOK, BGB, § 311 Rdnr. 32.

206

Die Vertragsparteien können eine Leistungsänderung durch **ausdrückliche Erklärungen** vereinbaren. Daneben sind die Vertragsparteien nach den allgemeinen zivilgesetzlichen Vorschriften unbenommen, eine Einigung **durch schlüssiges Verhalten** zu treffen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien die Änderung des Leistungsumfangs durch Handlungen zum Ausdruck bringen, die mittelbar einen Schluss auf ihren Rechtsfolgewillen zulassen¹⁶⁶ bzw. nach der Verkehrssitte sowie Treu und Glauben als Wille zum Vertragsschluss verstanden werden können¹⁶⁷. Dies ist der Fall, wenn der Auftraggeber nach Erhalt eines endgültigen Nachtragsangebots keine Vorbehalte gegen dieses Angebot vorbringt und die Leistungen widerspruchsfrei durchführt¹⁶⁸ oder diese entgegennimmt¹⁶⁹. Das gilt insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er nur unter seinen Bedingungen zur Leistung bereit ist¹⁷⁰. Eine nachträgliche widersprüchliche Äußerung des Auftraggebers kann den Vertragsschluss anschließend nicht mehr verhindern. Unschädlich ist daher, wenn der Auftraggeber dem Angebot des Auftragnehmers nicht widerspricht und nachträglich seine Willenserklärung zur Vertragsänderung abstreitet, bspw. weil er die Änderungsleistung vom Ursprungsauftrag erfasst gesehen habe. Denn der Rechtsbindungswille wird gemäß §§ 133, 157 BGB objektiv aus Sicht eines verständigen Dritten (objektiver Empfängerhorizont) bestimmt¹⁷¹, so dass der Handlung des Auftraggebers aus objektiver Sicht des Auftragnehmers die Erklärung zu entnehmen war, dass der Auftraggeber der Leistungsänderung zustimmt.

207

Das bloße Gewährenlassen des Auftragnehmers¹⁷² oder ein allgemein passives Verhalten¹⁷³ des Auftraggebers lässt hingegen den Schluss auf einen Rechtsbindungswillen nicht zu und genügt damit nicht den Voraussetzungen einer konkludenten Auftragserteilung. Ablehnend drückt sich der Auftraggeber ebenfalls aus, wenn er jeglicher Mehrkostenbelastung widerspricht¹⁷⁴.

¹⁶⁶ Urteil des OLG Brandenburg vom 13. 11. 2008 – 12 U 90/08, NJW-RR 2009, 1145; Ellenberger, in: Palandt, Vor § 116 Rdnr. 6.

¹⁶⁷ Urteil des OLG Hamm vom 22.02.2010 – 17 U 67/09, IBR 2012, 443.

¹⁶⁸ Urteil des BGH vom 18.06.1980 – VIII ZR 119/79, NJW 1980, 2245, 2246; Urteil des OLG Koblenz vom 28.01.2011 – 12 U 1543/07, IBR 2013, 334; Urteil des OLG Thüringen vom 12.01.2006 – 1 U 921/04, BauR 2006, 1897; Ellenberger, in: Palandt, § 147 Rdnr. 1.

¹⁶⁹ Urteil des BGH vom 10.04.1997 – VII ZR 211/95, NJW 1997, 1982; Urteil des KG Berlin vom 31.10.2008 – 7 U 169/08, IBR 2009, 7; Herig, § 2 VOB/B, Rdnr. 114.

¹⁷⁰ Urteil des BGH vom 22.03.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671, 1672; Urteil des BGH vom 26.09.1973 – VIII ZR 106/72, NJW 1973, 2106.

¹⁷¹ Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 145 Rdnr. 7.

¹⁷² Herig, § 2 VOB/B Rdnr. 114; Urteil des OLG Dresden vom 10.01.2007 – 6 U 519/04, BauR 2008, 518.

¹⁷³ Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.01.2009 – 23 U 47/08, IBR 2009, 255.

¹⁷⁴ Urteil des OLG Düsseldorf vom 04.06.1991 – 23 U 173/90, BauR 1991, 774, 775.

Dennoch können die **Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens** Anwendung 208
finden, sofern beide Vertragspartner Kaufleute sind¹⁷⁵. Haben die Parteien mündlich oder mit
Hilfe von Fernkommunikationsmitteln verhandelt und bestätigt eine Partei der anderen in zeitlich
unmittelbarem Anschluss die Einigung über die Vertragsänderung, ohne dass die empfangende
Partei dem unverzüglich widerspricht, kann eine fehlende Annahmeerklärung des Empfängers
fingiert werden¹⁷⁶.

1.1.1.1 Formfreiheit der Vertragsänderung

Die Einigung der Vertragsparteien über die Leistungsänderung ist **keinen Formvorschriften** 209
unterworfen. Das in § 10 Abs. 1 HOAI enthaltene Schriftformerfordernis bezieht sich ausweis-
lich des eindeutigen Wortlauts auf die von der Vertragsänderung zu unterscheidende und ihr zeit-
lich nachfolgende Vereinbarung über die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage. Hätte
der Verordnungsgeber die Einhaltung der Schriftform auch bezüglich der Änderung des Leis-
tungsumfangs gewollt, hätte er diese für beide Tatbestandsmerkmale vorgeschrieben. Da die
Schriftform ausschließlich für die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage normiert ist,
folgt im Umkehrschluss, dass die Schriftform nicht für die Einigung der Leistungsänderung er-
forderlich ist (argumentum e contrario).

1.1.1.2 Einigung während der Laufzeit des Vertrags

Die Einigung von Auftraggeber und Auftragnehmer muss während der Laufzeit des Vertrags 210
erfolgen. Da bei einem Architekten- und Ingenieurvertrag üblicherweise von den Parteien keine
Leistungszeit bestimmt wird und sich nach Abschluss der Architektenleistung eine Honoraran-
passung erübrigt, ist dies lediglich dann möglich, wenn der Auftragnehmer noch Leistungspflich-
ten zu erfüllen hat.

1.1.1.3 Erfordernis einer wirksamen Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI

Fraglich ist, ob § 10 Abs. 1 HOAI als unbestimmtes Tatbestandsmerkmal eine wirksame Hono- 211
rarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI voraussetzt. Zur Vorgängerregelung des § 7 Abs. 5
HOAI 2009 wurde teilweise vertreten, dass das Honorar bei unwirksamer oder nicht erfolgter
Honorarvereinbarung, für die nach § 7 Abs. 6 HOAI 2009 (nunmehr § 7 Abs. 5 HOAI) die Min-

¹⁷⁵ Urteil des OLG Koblenz vom 28.01.2011 – 12 U 1543/07, IBR 2013, 334.

¹⁷⁶ Zu den detaillierten Voraussetzungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens Busche, in: Münchener
Kommentar BGB, § 147 Rdnr. 9 ff.

Mindestsätze anzuwenden waren, nicht angepasst werden konnte¹⁷⁷, so dass dem Auftragnehmer in diesem Fall die Mehrleistungen nicht hätten honoriert werden sollten. Begründet wurde dies damit, dass ansonsten jede unwirksame Vereinbarung in eine wirksame umgewandelt worden wäre¹⁷⁸.

212 Diese Ansicht beruhte im Wesentlichen auf dem Wortlaut der Vorgängernorm des § 7 Abs. 5 HOAI 2009, wonach „die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung“ anzupassen gewesen ist und dem damals noch bestehenden sachlichen Zusammenhang des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 zu § 7 Abs. 1 HOAI¹⁷⁹. Da die Neuregelung des § 10 Abs. 1 HOAI nunmehr klarstellend die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage regelt und durch die separate Normierung in § 10 Abs. 1 HOAI kein systematischer Zusammenhang mehr zu § 7 Abs. 1 HOAI besteht, wird der Argumentation jeglicher Boden entzogen. Dies wird auch vom Sinn und Zweck der Norm bestätigt. Denn haben die Parteien keine Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI getroffen, so dass nach § 7 Abs. 5 HOAI die Mindestsätze Anwendung finden, führt die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage nicht dazu, dass die Parteien von den Mindestsätzen abweichen können. Eine Anpassung erfolgt ausschließlich im Hinblick auf die infolge der Leistungsänderung veränderten anrechenbaren Kosten und ggf. der Honorarzone (hierzu ausführlich *Rdnr. 244 ff.*).

1.1.2 Fehlende Einigung der Parteien – Anordnungsrecht des Auftraggebers

213 Voraussetzung einer Leistungsänderung ist grundsätzlich die Einigung der Vertragsparteien. Dabei kann die fehlende Zustimmung des Auftragnehmers durch das Vorliegen eines Anordnungsrechtes des Auftraggebers behoben werden (*Abschnitt 1.1.2.1*). Umgekehrt kann jedoch eine unterbliebene Zustimmung des Auftraggebers nicht umgangen werden (*Abschnitt 1.1.2.2*).

1.1.2.1 Verweigerung der Leistungsänderung vom Auftragnehmer

214 Bis zur 7. HOAI-Novelle 2013 war umstritten, ob der Auftraggeber bei Leistungsänderungen ein Anordnungsrecht hat. Denn nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 waren Andere Leistungen frei zu vergüten, „die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung

¹⁷⁷ Locher/Koeble/Frik 2012, § 7 Rdnr. 97; Fischer FS Koeble, S. 327, 333, nach dem die Anwendung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 ausgeschlossen ist, im Ergebnis die Änderungsleistungen dennoch honoriert werden; Sangenstedt, BauR 1991, 292, 293; a. A. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 18; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 104; Koeble/Zahn, Abschnitt B Rdnr. 68; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 56; Simmendinger IBR 2010, 1235; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 38; Saerbeck, in: FS Koeble, S. 471, 485 f.

¹⁷⁸ Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 104; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 18; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 38.

¹⁷⁹ Koeble, in: Locher/Koeble/Frik 2012, § 10 Rdnr. 18; Koeble/Zahn Abschnitt B, Rdnr. 68; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 56.

des Leistungsablaufs oder anderer **Anordnungen** des Auftraggebers erforderlich werden“. Auch § 7 Abs. 5 HOAI 2009 und § 10 Abs. 1 HOAI 2009 stellten auf eine „**Veranlassung** des Auftraggebers“ ab. Da die HOAI reines Preisrecht ist, konnten diese Normen auch unter dieser Formulierung nach überwiegender Ansicht kein Anordnungsrecht begründen, sondern setzten dieses vielmehr voraus¹⁸⁰. § 10 Abs. 1 und 2 HOAI wurden daher mit der 7. HOAI-Novelle 2013 klarstellend dahingehend formuliert, dass die Honorierung bei Leistungsänderungen ein Einvernehmen von Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetzen: „**Einigen** sich Auftraggeber und Auftragnehmer ...“.

Trotz der Verordnungsänderung wird teilweise vertreten, dass dem Auftraggeber von Architekten- und Ingenieurleistungen aus den dynamischen Elementen bzw. wegen des Charakters als Prozess- oder Entwicklungsvertrags ein Anordnungsrecht zustünde¹⁸¹. Denn den Planungsphasen sei immanent, dass der Auftraggeber die Anforderungen an die Planungsaufgabe konkretisiere¹⁸². Hiergegen spricht bereits, dass im Stadium der Objektüberwachung die Entwicklungsphasen abgeschlossen sind, so dass den Leistungen keine Dynamik mehr inne wohnt (hierzu ausführlich *Rdnr. 141 ff.*). Daher können dem Auftraggeber hieraus auch keine Anordnungsrechte erwachsen.

Darüber hinaus besitzt der Auftraggeber grundsätzlich kein Anordnungsrecht den Vertrag einseitig zu ändern. Denn nach dem BGB gilt das sog. Konsensprinzip¹⁸³. Nach § 311 Abs. 1 BGB ist „zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses [...] ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt“. Einseitige Vertragsänderungen sind nur bei gesetzlich geregelten Ausnahmefällen oder bei Parteivereinbarungen möglich¹⁸⁴. Einen derartigen Ausnahmefall statuieren bspw. § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B, wonach der Auftraggeber geänderte und zusätzliche Leistungen anordnen kann. Da die VOB/B jedoch Allgemeine Geschäftsbedingungen für Parteien von Verträgen über Bauleistungen enthält, sind diese Regelungen für Architekten- und Ingenieurverträge überwiegend nicht anwendbar und müssen zudem auch in den Vertrag einbezogen werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 83 ff.*).

¹⁸⁰ Fischer FS Koeble, S. 327, 328; Preussner, in: FS Koeble, S. 465, 468.

¹⁸¹ Motzke NZBau 2010, 137, 139 unter Verweis auf das Urteil des OLG Hamm vom 15.08.2006 – 24 U 125/05, NZBau 2009, 48, dem ein Anordnungsrecht des Auftraggebers nicht zu entnehmen ist, vielmehr festgestellt wird, dass der Vertrag zumindest konkludent getroffen wurde; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1012.

¹⁸² Motzke, NZBau 2010, 137, 139 unter Verweis auf das Urteil des OLG Nürnberg vom 14.12.2001 – 6 U 2285/01, NJW-RR 2002, 670.

¹⁸³ Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 101.

¹⁸⁴ Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 311 Rdnr. 11; Kindl, in: Erman, § 311 Rdnr. 7 f.; Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, § 311 Rdnr. 58.

217 Lediglich im Einzelfall kann aus der Anwendung von Treu und Glauben nach § 242 BGB folgen, dass der Auftragnehmer die Vereinbarung einer Leistungsänderung nicht verweigern kann¹⁸⁵. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben darf eine Vertragspartei ihre Rechte nicht missbrauchen¹⁸⁶. Dies ist der Fall, **wenn der Auftragnehmer eine Leistungsänderung verweigert, obwohl er kein schützenswertes Interesse aufweisen kann**¹⁸⁷, bspw. wenn der Auftragnehmer keine vernünftigen Gründe hat, das angemessen bepreiste Angebot einer für den Leistungserfolg notwendigen Leistung abzulehnen¹⁸⁸. Um ein Anordnungsrecht im Einzelfall festzustellen, sind die objektiven Interessen der Parteien und die subjektive Gesinnung des Verweigernden abzuwägen¹⁸⁹. In die Bewertung hat auch einzufließen, dass das BGB für eine Vertragsänderung die Einigung der Parteien voraussetzt und der Grundsatz von Treu und Glauben eine sittliche Korrektur ist. Eine Duldungspflicht des Auftragnehmers ist daher **nur in Ausnahmefällen** anzunehmen.

218 Steht dem Auftraggeber kein Anordnungsrecht zu, weil der Auftragnehmer die Leistungsänderung begründet verweigert, hat der Auftragnehmer keine Pflicht die geänderte Leistung zu erbringen und kann diese verweigern.

1.1.2.2 Verweigerung der Leistungsänderung vom Auftraggeber

219 Verwehrt der Auftraggeber die Beauftragung der Wiederholungsleistungen, hat der Auftragnehmer keine einseitige Möglichkeit, einen Änderungsvertrag zustande zu bringen. Auch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nicht vor (hierzu ausführlich *Rdnr. 331 ff.*).

1.1.3 Einigung über die Änderung des Umfangs der beauftragten Leistung

220 Nach § 10 Abs. 1 HOAI muss sich die Vereinbarung inhaltlich auf die Änderung des Umfangs der beauftragten Leistung beziehen. Wie zuvor bereits erläutert, umfasst der Leistungsumfang nach der einschlägigen Literatur die Grundleistungen, die zur Verwirklichung des Leistungsobjektes erforderlich sind. Dagegen beschreibt das Leistungsziel die Anforderungen an das Leistungsobjekt (hierzu ausführlich *Rdnr. 109 ff.*).

¹⁸⁵ Fuchs/Berger/Seifert, NZBau 2013, 729, 738; Fuchs, NZBau 2010, 671; 674; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 98 unter Verweis auf Urteil des BGH vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94, NJW 1996, 1346, 1347.

¹⁸⁶ Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rdnr. 1.

¹⁸⁷ Urteil des BSG vom 25.06.2009 – B 10 EG 3/08 R, NJW 2010, 1485, 1486; Roth/Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, § 242 Rdnr. 235.

¹⁸⁸ Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 101.

¹⁸⁹ Roth/Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, § 242 Rdnr. 235.

Im Hinblick auf die Anwendung des § 10 Abs. 1 HOAI sind diese Einordnungen problematisch, 221 da eine Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage nach § 10 Abs. 1 HOAI zusätzlich voraussetzt, dass „*der Umfang der beauftragten Leistungen geändert wird, und [...] sich dadurch die anrechenbaren Kosten [ändern]*“. Bei strenger Wortlautinterpretation des Leistungsumfangs würde dies bedeuten, dass eine Änderung der geschuldeten Grundleistungen zu einer Änderung der anrechenbaren Kosten geführt haben muss. Dabei sind die anrechenbaren Kosten die Baukosten, die Eingang in die Honorarberechnung finden. Im Rahmen der Objektplanung sind dies bspw. die Kosten der Baukonstruktion (§ 33 Abs. 1 HOAI). Diese wiederum richten sich nach den Anforderungen an das zu planende Objekt, also dem Leistungsziel. Im Gegensatz hierzu verändern sich durch eine Ergänzung, den Austausch oder den Entfall von Grundleistungen nicht die Anforderungen an das zu planende Objekt und somit die Baukosten¹⁹⁰. Unter Verwendung der oben genannten Definition für den Leistungsumfang wäre der Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 HOAI somit nur auf die Fälle beschränkt, in denen durch die Änderung des Leistungsziels zugleich weitere Grundleistungen erforderlich werden, bspw. wenn infolge der Änderung des Gebäudes bisher nicht notwendige Fachplanungen, wie etwa Tragwerksplanungen oder Technische Ausrüstungen erforderlich werden. Dies ist jedoch in den seltensten Fällen gegeben. Denn **mit einer Änderung des Leistungsziels ist nicht stets eine Änderung des Umfangs der Grundleistungen verbunden**. In der Folge wäre der Anwendungsbereich der Norm, die nunmehr Klarheit für Leistungsänderungen schaffen soll, nahezu opsolet¹⁹¹.

Um dies zu vermeiden wird die Änderung des Umfangs der beauftragten Leistungen nach § 10 222 Abs. 1 HOAI in der Weise interpretiert, dass zumindest auch die Änderungen der Anforderungen des Leistungsobjekts umfasst sind¹⁹². Dies ist auch vom Willen des Verordnungsgebers gedeckt, der eine Anknüpfung der Vertragsänderung an die Änderung der anrechenbaren Kosten in den Vordergrund gerückt hat¹⁹³. Schließlich ließ er § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009, der die Änderung von Leistungsumfang und Leistungsziel erfasste, sowie § 7 Abs. 5 HOAI 2009, der bereits in diesem Sinne ausgelegt wurde, in § 10 Abs. 1 HOAI aufgehen¹⁹⁴, um die Honoraranpassung einer einheitlichen Regelung zu unterwerfen.

¹⁹⁰ Berger/Fuchs, Rdnr. 287; Fuchs, NZBau 2010, 671, 675; Lederer, in: Lederer/Heymann, Kapitel 1 Rdnr. 213.

¹⁹¹ Berger/Fuchs, Rdnr. 287.

¹⁹² Fuchs, NZBau 2010, 671, 675; Orłowski, ZfBR 2009, 727, 727; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 285, 260; Berger/Fuchs, Rdnr. 287; Berger/Fuchs, Rdnr. 287; Fuchs, NZBau 2010, 671, 675; Lederer, in: Lederer/Heymann, Kapitel 1 Rdnr. 213; Fuchs/Berger/Seifert, NZBau 2013, 729, 737; Seifert, BauR 2014, 330, 338.

¹⁹³ Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 258.

¹⁹⁴ BR-Drucks. 334/13 S. 143.

1.2. *Keine Änderung zu einem anderen Gebäude*

223 Führt die Leistungsänderung dazu, dass ein gänzlich anderes Gebäude entsteht, erfolgt keine Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage nach § 10 Abs. 1 HOAI, sondern eine jeweils separate Honorierung der zwei Objekte nach § 11 Abs. 1 i.V.m. §§ 4 ff. HOAI. Ein geändertes Objekt liegt vor, **wenn der Gebäudekörper erhebliche Veränderungen erfahren hat oder eine Nutzungs- oder Funktionsänderungen erfolgt sind**¹⁹⁵. Dies ist auch der Fall, wenn ein neues oder ein zusätzliches Grundstück miteinbezogen wird, da die Planung stets grundstücksbezogen erbracht wird¹⁹⁶.

1.3. *Änderung der anrechenbaren Kosten*

224 § 10 Abs. 1 HOAI verlangt ferner, dass sich durch die Änderung des Leistungsumfangs die anrechenbaren Kosten geändert haben.

1.3.1 *Verringerung und Erhöhung der anrechenbaren Kosten*

225 Die Änderung der anrechenbaren Kosten bedeutet, dass die **Baukosten des ursprünglichen und des geänderten Objektes voneinander abweichen müssen**, die nach den speziellen Regelungen des jeweiligen Leistungsbildes (bspw. bei der Objektplanung die Kosten der Baukonstruktion, § 33 Abs. 1 HOAI) anrechenbar sind. Dies betrifft sowohl die Erhöhung, als auch die Verringerung der anrechenbaren Kosten¹⁹⁷. Eine Veränderung liegt nicht vor, wenn der – praktisch sehr unwahrscheinliche – Fall eintreten würde, dass trotz Leistungsänderung die anrechenbaren Kosten des ursprünglichen und des geänderten Objektes rechnerisch dieselbe Höhe haben würden.

226 Eine Änderung der anrechenbaren Kosten tritt ebenfalls nicht ein, wenn sich die Parteien **ausschließlich über eine Änderung des Umfangs der Grundleistungen** (nach der Literatur bezeichnet als Leistungsumfang¹⁹⁸) **einigen**. Da sich diese nicht auf die Baukosten auswirkt, kann hierdurch keine Änderung der anrechenbaren Kosten eintreten (hierzu ausführlich *Rdnr. 221*). Daher wird die isolierte Änderung des Leistungsumfangs (also außerhalb von Leistungsänderungen), also die Erbringung weiterer Grundleistungen (isolierte Zusatzleistungen, hierzu ausführlich *Rdnr. 327 ff.*) nach § 8 HOAI und die Wiederholung bereits erbrachter Grundleistungen (iso-

¹⁹⁵ Berger/Fuchs *Rdnr. 292*; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 *Rdnr. 24*; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 10 *Rdnr. 23*.

¹⁹⁶ Urteil des OLG Düsseldorf vom 13.08.1996 – 22 U 212/95, NJW-RR 1998, 1317; Berger/Fuchs, *Rdnr. 292*.

¹⁹⁷ Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 *Rdnr. 15*; ablehnend Fischer, in: FS Koeble, S. 327, 333 f.

¹⁹⁸ Berger/Fuchs, *Rdnr. 287*

lierte Wiederholungsleistungen, hierzu ausführlich *Rdnr. 311 ff.*) nach § 10 Abs. 2 HOAI honoriert.

Verändert sich hingegen **durch die Änderung des Leistungsziels zusätzlich der Umfang der Grundleistungen**, so dass bereits erbrachte Grundleistungen wiederholt und/oder neben dem bisher vereinbarten Vertragsumfang zusätzlich erbracht werden müssen, werden diese **einheitlich durch Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage nach § 10 Abs. 1 HOAI honoriert**. Denn nach § 10 Abs. 1 HOAI wird für sämtliche Grundleistungen die Honorarberechnungsgrundlage angepasst, die infolge einer Leistungsänderung erbracht werden müssen, durch die sich die anrechenbaren Kosten ändern (hierzu ausführlich *Rdnr. 255 ff.*). 227

1.3.2 Ursachenzusammenhang

Nach § 10 Abs. 1 HOAI müssen sich durch die Änderung des Leistungsumfangs die anrechenbaren Kosten verändert haben („**dadurch**“), d. h., die Änderung der anrechenbaren Kosten muss ihre Ursache in der Leistungsänderung haben¹⁹⁹. Dies ist nicht der Fall, wenn die Erhöhung der anrechenbaren Kosten alleine auf der fortschreitenden Bauausführung und der hierdurch in der Regel bedingten Baukostenerhöhung beruht. Der Ordnungsgeber hat das Honorar bewusst von den Baukosten abgekoppelt, um einer Steigerung der Baukosten im Planungsprozess entgegen zu wirken und Anreize für kostensparendes Bauen zu setzen (hierzu ausführlich *Rdnr. 54 ff.*). Die infolge der fortgeschrittenen Bauausführung erhöhten Baukosten sind daher auch im Rahmen der Honoraranpassung nicht zu berücksichtigen. 228

1.3.3 Geringfügigkeitsschwelle

Nach teilweise vertretener Ansicht müsse die Änderung der anrechenbaren Kosten eine Geringfügigkeitsschwelle übersteigen²⁰⁰. Die Grenzwerte reichen von 1 – 2 %²⁰¹ bis zu 5 %²⁰². Dies wird damit begründet, dass andernfalls von einer Änderung des Objekts bzw. Leistungsinhalts und der anrechenbaren Kosten schwerlich die Rede sein könne²⁰³. Auch habe der Ordnungsgeber grundsätzlich die Honorare von den tatsächlichen Baukosten abkoppeln wollen²⁰⁴. Im Ergebnis führt diese Ansicht dazu, dass bei einer Änderung der anrechenbaren Kosten unterhalb 229

¹⁹⁹ Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 260

²⁰⁰ Saerbeck, in: FS Koeble, S. 471, 483; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 14; a. A. Fuchs, NZBau 2010, 671, 676; Bröker, in: FS Jochem, S. 25, 30

²⁰¹ Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 14

²⁰² Saerbeck, in: FS Koeble, S. 471, 483

²⁰³ Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 14

²⁰⁴ Saerbeck, in: FS Koeble, S. 471, 483

der Geringfügigkeitsschwelle kein Anspruch auf Honoraranpassung nach § 10 Abs. 1 HOAI besteht.

230 Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. § 10 Abs. 1 HOAI stellt auf die „Änderung der anrechenbaren Kosten“ ab und nimmt weiter **keine Einschränkung der Höhe nach** vor. Die Annahme einer Geringfügigkeitsschwelle ist somit nicht vom Wortlaut gedeckt. Auch entspricht dies nicht den Parteiinteressen. Denn sowohl Auftragnehmer, als auch Auftraggeber haben ein Interesse daran, dass Honorar auch bei „geringfügigen“ Änderungen anzupassen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass bei Millionenprojekten Abweichungen im unteren Prozentbereich auf das Honorar einen erheblichen Einfluss haben können. Im Umkehrschluss wäre auch nicht einleuchtend, würde der Auftragnehmer bei identischer Leistung geringfügig mehr Honorar fordern²⁰⁵. Zudem hätte dem Auftragnehmer von Anfang an ein höheres Honorar zugestanden, hätten die Parteien das geänderte Leistungsobjekt ursprünglich vereinbart²⁰⁶.

231 Schließlich ist eine Geringfügigkeitsschwelle auch nicht unter dem Aspekt der Honorarabkoppelung zu rechtfertigen. Baukosten, die sich im Laufe der Bauausführung erhöhen, werden bei der Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage nicht berücksichtigt, da dies nicht auf der Leistungsänderung beruht, sondern auch bei unterbliebener Leistungsänderung eingetreten wäre (hierzu ausführlich *Rdnr. 54 ff.*). Zudem soll dem Auftraggeber durch Abkopplung des Honorars von den tatsächlichen Kosten ein größeres Maß an Kostensicherheit gewährt werden²⁰⁷. Dies hat der Auftraggeber bei einer Leistungsänderung bereits. Denn die Honoraranpassung hängt davon ab, dass sich die Vertragsparteien über eine Leistungsänderung einigen, so dass der Auftraggeber auf eine Kostenerhöhung unmittelbaren Einfluss hat²⁰⁸.

2. *Rechtsfolge: Anspruch auf Honoraranpassung*

232 Haben sich die Vertragsparteien während der Laufzeit des Vertrags über die Änderung des Leistungsumfangs geeinigt und sich hierdurch die anrechenbaren Kosten geändert, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 Abs. 1 HOAI vor. Honorarrechtliche Folge ist eine Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind (*Abschnitt 2.2*). Die Formvorschrift des § 10 Abs. 1 HOAI, wonach eine Anpassung durch schriftliche Vereinbarung zu erfolgen hat, ist nicht zwingend, so dass

²⁰⁵ Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1123 zu § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B

²⁰⁶ Bröker, in: FS Jochem, S. 25, 31

²⁰⁷ Bröker, in: FS Jochem, S. 25, 30; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 6 Rdnr. 14

²⁰⁸ Bröker, in: FS Jochem, S. 25, 30

der Auftragnehmer auch bei Nichtzustandekommen der schriftlichen Vereinbarung einen durchsetzbaren Anspruch auf Honoraranpassung hat (*Abschnitt 2.1*).

2.1 *Schriftliche Vereinbarung der Honoraranpassung*

Die schriftliche Vereinbarung kann als Tatbestandsvoraussetzung oder Rechtsfolge betrachtet werden. Bei Annahme einer Tatbestandsvoraussetzung hätte der Auftragnehmer ohne schriftliche Vereinbarung keinen Anspruch auf die Zahlung des angepassten Honorars. Würde die schriftliche Vereinbarung über die Honoraranpassung dagegen als Rechtsfolge betrachtet werden, hätte der Auftragnehmer – unabhängig von dem tatsächlichen Vorliegen einer schriftlichen Vereinbarung – einen Anspruch auf Honoraranpassung bzw. Zahlung des geänderten Honorars. 233

Überwiegend wird vertreten, dass die schriftliche Vereinbarung keine Tatbestandsvoraussetzung ist, so dass hiernach der Auftragnehmer bereits bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen einen rechtlich **durchsetzbaren Anspruch auf Honoraranpassung** hätte²⁰⁹. Begründet wird dies teilweise unter Verweis auf eine entsprechende Rechtsauslegung des § 4 Abs. 3 HOAI und § 2 Abs. 5 VOB/B²¹⁰. 234

2.1.1 *Vergleich mit der Honorarbestimmung bei vorhandener Bausubstanz nach § 4 Abs. 3 HOAI*

Nach § 4 Abs. 3 HOAI ist die vorhandene Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen, wobei Umfang und Wert der Anrechnung nach dem Wortlaut ebenfalls schriftlich zu vereinbaren sind. Diese, im Rahmen der 7. HOAI-Novelle 2013 neu geschaffene Vorschrift, entspricht ihrem Kern nach dem erst in der vorgehenden Novelle gestrichenen § 10 Abs. 3a HOAI 2002. Zu dieser Norm vertrat der BGH den Standpunkt, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz habe, da die Schriftform keine zwingende Voraussetzung sei²¹¹. Diese Regelung sei mit Rücksicht darauf aufgenommen worden, dass der Umfang der Anrechenbarkeit vorhandener Bausubstanz häufig unklar sein werde und deshalb eine Vereinbarung darüber sinnvoll sei²¹². Die schriftliche Vereinbarung habe jedoch nur klarstellende Funktion und müsse daher nicht notwendig bei Vertragsschluss herbei- 235

²⁰⁹ Berger/Fuchs, RdNr. 283; zur Vorgängernorm des § 7 Abs. 5 HOAI 2009: Matuschak, in: Irmeler, § 7 RdNr. 41; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 RdNr. 16; Jochem/Kaufhold, § 7 RdNr. 259; Messerschmidt, BauR 2014, 359, 366; Saerbeck, in: FS Koeble, S. 471, 485; Scholtissek, § 10 RdNr. 12; Werner/Siegburg, in: FS Koeble, S. 585, 599; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 RdNr. 113

²¹⁰ Jochem/Kaufhold, § 7 RdNr. 259 unter Verweis auf Urteil des BGH vom 21.03.1988 – VII ZR 84/87, NJW-RR 1988, 1371, welches in der Sache nicht einschlägig ist.

²¹¹ Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 11/02, NZBau 2003, 279

²¹² Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 11/02, NZBau 2003, 279; BR-Dr 594/87, 100

geführt werden, sondern könne jederzeit nachgeholt werden²¹³. Komme sie nicht zu Stande, entfalle nicht die grundsätzliche und preisrechtlich bindende Anordnung, dass die vorhandene Bausubstanz nach Maßgabe des § 10 Absatz 3a, 1. Halbs. 2 HOAI 2002 zu berücksichtigen sei²¹⁴.

236

Tatsächlich haben die Regelungen des § 10 Abs. 3a HOAI 2002 und § 10 Abs. 1 HOAI einen identischen Normaufbau:

§ 10 HOAI 2002

Grundlagen des Honorars

(3a) Vorhandene Bausubstanz, die technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, ist bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen; der Umfang der Anrechnung bedarf der schriftlichen Vereinbarung.

§ 10 HOAI

Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs

(1) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer während der Laufzeit des Vertrags darauf, dass der Umfang der beauftragten Leistungen geändert wird, und ändern sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen, so ist die Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind, durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.

---- Tatbestand

~~~~~ Rechtsfolge

Beide Normen trennen schematisch zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen und der angeordneten Rechtsfolge.

237

Die Soll-Bestimmung durch die Formulierung „ist“ führt dazu, dass die Parteien keine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der honorarrechtlichen Folgen haben. Dieser Umstand ermöglicht dem Gericht, im Falle einer gerichtlichen Durchsetzung des Honorars durch den Auftragnehmer, die Willenserklärung des Auftraggebers zu ersetzen und einen angepassten Honoraranspruch zu titulieren. Dies wäre nicht möglich, wenn die Honoraranpassung nach § 10 Abs. 1 HOAI im Ermes-

---

<sup>213</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 11/02, NZBau 2003, 279 unter Verweis auf ; Arlt/Hartmann, § 10 S. 35

<sup>214</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 11/02, NZBau 2003, 279

sen der Vertragsparteien stünde, wie dies bspw. bei der Bauauftragung Anderer Leistungen der Fall war<sup>215</sup>. Diese unterlag nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 einer freien Vereinbarung der Parteien und konnte daher infolge des Verhandlungsspielraums der Vertragsparteien keiner Bestimmung durch das Gericht zugeführt werden<sup>216</sup>.

### 2.1.2 Vergleich mit der Honoraranpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B

Ebenfalls wird zur Begründung eines Anspruchs auf Honoraranpassung auf eine Parallele zu § 2 Abs. 5 VOB/B verwiesen<sup>217</sup>. 238

## § 2 VOB/B

### Vergütung

(5) Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so **ist** ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten **zu vereinbaren**. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

Nach § 2 Abs. 5 VOB/B ist von den Parteien ein neuer Preis zu vereinbaren, wenn sich dessen 239 Grundlage infolge einer Anordnung des Auftraggebers ändert. Hierzu wird überwiegend vertreten, dass dem Auftragnehmer im Rahmen des § 2 Abs. 5 VOB/B ein Anspruch auf eine geänderte Vergütung zustehe, auch wenn die Vertragsparteien keinen neuen Preis vereinbaren bzw. der Auftraggeber dem nicht zustimme<sup>218</sup>. Diese Beurteilung folgt weitgehend aus dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 bzw. § 1 Abs. 4 VOB/B<sup>219</sup>. Können der Auftraggeber einseitig Änderungen anordnen, müsse dem Auftragnehmer im Gegenzug ein Anspruch auf Preisanpassung gewährt werden<sup>220</sup>.

Eine Anpassung des Honorars nach § 10 Abs. 1 HOAI setzt – anders als § 2 Abs. 5 VOB/B, der 240 auf einem Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B beruht –, eine Einigung der Vertragspartei-

<sup>215</sup> Die Regelung ist im Zuge der 7. HOAI-Novelle 2013 in § 10 Abs. 1 HOAI aufgegangen.

<sup>216</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik 2009, § 3 Rdnr. 13; Fuchs, NZBau 2010, 671, 674 f; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 258.

<sup>217</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 11/02, NZBau 2003, 279.

<sup>218</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207, 208; Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 11/02, NZBau 2003, 279 Urteil des BGH vom 21.03.1968 – VII ZR 84/67, NJW 1968, 1234; Urteil des OLG Zweibrücken vom 20.09.1994 – 8 U 214/93, BauR 1995, 251, 252; Urteil des OLG Celle vom 22.07.1980 – 14 U 44/80, BauR 1982, 381, 382; Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, § 2 Abs. 5 VOB/B Rdnr. 47 ff.

<sup>219</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207, 208 zu § 2 Nr. 6 VOB/B.

<sup>220</sup> Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rdnr. 203.

en über die Änderung des Leistungsumfangs voraus. Etwas anderes könnte sich einzig aus einem Anordnungsrecht des Auftraggebers nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB ergeben (hierzu ausführlich *Rdnr. 214 ff.*). Daher greift dieses Argument nur in den Fällen, in denen dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht zusteht.

241 Dennoch verfolgen § 2 Abs. 5 VOB/B und § 10 Abs. 1 HOAI einen gemeinsamen Zweck. In beiden Fällen ist das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung durch die Leistungsänderung gestört. Damit Honorar und Leistung wieder in dem bisherigen Verhältnis zueinander stehen, gewähren beide Vorschriften die Anpassung des Honorars bzw. der Vergütung. Dies spricht dafür, dass auch § 10 Abs. 1 HOAI als durchsetzbarer Anspruch gestaltet ist, damit nicht der Auftraggeber die Möglichkeit hat, nach Einigung mit dem Auftragnehmer über eine Leistungsänderung, dessen Honoraranspruch von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Daher entsteht sowohl nach Wortlaut, als auch Sinn und Zweck der Norm bei Einigung über die Leistungsänderung von Gesetzeswegen (*ipso iure*) ein Honoraranspruch auf Basis der geänderten Honorarberechnungsgrundlage<sup>221</sup>.

242 Hierdurch kann dieser zum **Gegenstand der Honorarklage** gemacht werden<sup>222</sup>. Im Rechtsstreit tritt an die Stelle des Anspruchs auf Verhandlung und Einwilligung der Anspruch auf Zahlung des angepassten Honorars<sup>223</sup>. Nachdem das Gericht die Anpassung des Honorars geprüft hat, wird im Falle eines stattgebenden Urteils das Honorar sowie die Zustimmung zur Honoraranpassung nach § 894 ZPO und die Schriftlichkeit der Vereinbarung durch das Zahlungsurteil ersetzt<sup>224</sup>.

## 2.2 *Umfang der Honoraranpassung*

243 Anzupassen ist nach § 10 Abs. 1 HOAI die Honorarberechnungsgrundlage (*Abschnitt 2.2.1*) der Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind (*Abschnitt 2.2.2*).

---

<sup>221</sup> Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 259.

<sup>222</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 114.

<sup>223</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, BauR 2005, 118, 122; Urteil des OLG Celle vom 22.07.1980 – 14 U 44/80, BauR 1982, 381, 382; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 114; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 16; Kuffer, in: Heiermann/Riedl/Rusam, § 2 VOB/B Rdnr. 171.

<sup>224</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 16.



### 2.2.1 Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage

Gebildet wird die Honorarberechnungsgrundlage nach § 6 Abs. 1 HOAI aus den anrechenbaren Kosten, dem Leistungsbild, der Honorarzone und der Honorartafel (dem Honorarsatz). Nach dem Sinn und Zweck der Norm werden einzig die anrechenbaren Kosten (*Abschnitt 2.2.1.1*) und die Honorarzone (*Abschnitt 2.2.1.2*) angepasst. Eine Anpassung des Honorarsatzes erfolgt nicht (*Abschnitt 2.2.1.3*). 244

#### 2.2.1.1 Anpassung der anrechenbaren Kosten

In jedem Fall sind die anrechenbaren Kosten anzupassen, da sich die Leistungsänderung direkt in den Baukosten und damit den anrechenbaren Kosten widerspiegelt. Dies betrifft jedoch ausschließlich die geänderten anrechenbaren Kosten, die auf der Leistungsänderung („dadurch“) beruhen. Hingegen sind die infolge der fortgeschrittenen Bauausführung erhöhten Baukosten sind im Rahmen der Honoraranpassung nicht zu berücksichtigen, da der Ordnungsgeber das Honorar von den tatsächlichen Baukosten abgekoppelt hat (hierzu ausführlich *Rdnr. 54 ff. und 225 ff.*). 245

#### 2.2.1.2 Anpassung der Honorarzone

Fraglich ist, ob auch die Honorarzone angepasst werden kann. Von praktischer Bedeutung ist dies einzig dann, wenn die Honorarzone des ursprünglichen Leistungsobjektes von derjenigen des geänderten Leistungsobjektes abweicht. 246

Für eine Anpassung der Honorarzone spricht bereits der Wortlaut des § 10 Abs. 1 HOAI, der zwischen einer Änderung der anrechenbaren Kosten und einer Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage unterscheidet. Hätte der Ordnungsgeber alleine die Anpassung der anrechenbaren Kosten nahe liegender, wäre die Normierung einer Anpassung der anrechenbaren Kosten wahrscheinlicher gewesen. Die Bestimmung einer Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage lässt vielmehr vermuten, dass mehrere Honorarberechnungsfaktoren anzupassen sind. 247

Darüber hinaus entspricht eine Anpassung der Honorarzone auch dem Sinn und Zweck der Norm. Die **Honorarzone orientiert sich** – genauso wie die anrechenbaren Kosten – **an den objektiven Umständen des Leistungsziels**. Während sich die anrechenbaren Kosten nach den Baukosten richten, spiegelt die Honorarzone den Schwierigkeitsgrad des Objekts im Hinblick auf seine Planungsanforderungen wieder<sup>225</sup>. Zudem wird den Parteien für beide Parameter ledig- 248

---

<sup>225</sup> Jochem/Kaufhold, § 5 Rdnr. 5; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 5 Rdnr. 4.

lich ein begrenzter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Die anrechenbaren Kosten sind nach § 4 Abs. 1 HOAI auf Grundlage der Kostenberechnung auf Basis der DIN 276 vom Dezember 2008 zu ermitteln. Auch bei der Ermittlung der Honorarzone besteht ein Beurteilungsspielraum nur bei Grenzfällen, insbesondere wenn zwei Honorarzonen in Betracht kommen<sup>226</sup>.

249 Ferner entspricht dies auch dem Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 HOAI. Erhöht sich durch die Leistungsänderung der Schwierigkeitsgrad des Objektes, rechtfertigt dies die Abkopplung des Honorars von den tatsächlichen Baukosten zu durchbrechen und das Honorar an die neuen Bedingungen anzupassen. Hätten die Parteien die geänderte Leistung ursprünglich beauftragt, wären hierfür schließlich eine andere Honorarzone und damit ein anderer Honorarraum einschlägig gewesen. Daher würde auch die Zugrundelegung einer zu niedrigen Honorarzone bei ursprünglicher Vereinbarung des Mindestsatzes zu einer Unterschreitung des Mindestsatzes für das geänderte Objekt führen.

#### 2.2.1.3 *Keine Anpassung des Honorarsatzes*

250 Ob neben den anrechenbaren Kosten und der Honorarzone auch der Honorarsatz geändert werden kann ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass der Honorarsatz im Rahmen der Leistungsänderung von den Vertragsparteien neu vereinbart werden könne<sup>227</sup>. Dies beruhe auf einer einschneidenden Korrektur des zunächst vertraglich Verabredeten durch eine Leistungsänderung<sup>228</sup>. Die von § 7 Abs. 1 HOAI statuierte Klarstellungsfunktion und der Schutzzweck der Ermächtigungsgrundlage hätten in diesem Fall keine Bedeutung mehr, da die Vertragsparteien über eine Änderung des Vertrags sowohl in Bezug auf die Leistungspflichten, als auch hinsichtlich der Honorargrundlagen, neu verhandeln müssen<sup>229</sup>.

251 Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Eine erneute Aushandlung des Honorarsatzes ist vom Wortlaut des § 10 Abs. 1 HOAI nicht gedeckt. Hiernach ist die Honorarberechnungsgrundlage „anzupassen“. Anders als das Prädikat „vereinbaren“, wonach eine Übereinkunft im Rahmen eines Entscheidungsspielraums getroffen wird, stellt „anpassen“ einen Bezug zu einem Objekt dar, das angeglichen bzw. auf das etwas abgestimmt („passend“ gemacht) werden soll, wobei die Parteien gerade keinen Entscheidungsspielraum haben. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass § 10 Abs. 1 HOAI die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage vorsieht, die ausweislich des § 6 Abs. 1 HOAI aus den anrechenbaren Kosten, dem Leistungsbild, der Honorarzone

---

<sup>226</sup> Jochem/Kaufhold, § 5 Rdnr. 5; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 5 Rdnr. 4.

<sup>227</sup> Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 39; Rath/Voigt, BauR 2009, 385, 393.

<sup>228</sup> Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 39.

<sup>229</sup> Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 39.

und der Honorartafel, also dem Honorarsatz, besteht. Denn die Anpassung betrifft nach dem Sinn und Zweck der Norm ausschließlich die Faktoren der Honorarberechnungsgrundlage, die sich infolge der Leistungsänderung verändert haben. **Da sich der Honorarsatz, der einzig aus der Vereinbarung der Vertragsparteien folgt, durch die Leistungsänderung nicht verändern kann, bleibt dieser von einer Anpassung unberührt.**

Nach der Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 HOAI ist die Honorarvereinbarung 252 und damit auch die Bestimmung des Honorarsatzes im Zeitpunkt der Auftragserteilung vorzunehmen. Kommen die Parteien dem nicht nach, gilt gemäß § 7 Abs. 5 HOAI der Mindestsatz. Dies soll nach dem Willen des Ordnungsgebers auch nicht nachträglich geändert werden können, um Streitigkeiten über die Honorarhöhe nach Vertragsschluss zu vermeiden (hierzu ausführlich *Rdnr. 452 ff.*). Einzig bei Leistungsänderungen, die zu einer Abweichung der anrechenbaren Kosten führen, erfolgt nach § 10 Abs. 1 HOAI eine Anpassung des Honorars an das veränderte Leistungsobjekt. Dies ist auch zwingend notwendig, da ansonsten der Auftragnehmer bei Objektänderungen ausschließlich das Honorar nach den Parametern ursprünglichen Objekts verlangen könnte und dennoch die Leistungen im Hinblick auf das veränderte Objekt erbringen müsste. Als Folge würde er höchst wahrscheinlich bei Objektänderungswünschen des Auftraggebers seine Zustimmung verweigern, sofern diese für ihn einen höheren Aufwand darstellen. Schließlich müsste der Auftraggeber von einer Objektänderung Abstand nehmen oder den Vertrag unter erheblicher Kostenbelastung ordentlich kündigen. Es ist daher nur billig, den Parteien eine Anpassung des Honorars an Änderungen des Leistungsobjekts zu ermöglichen. **Um die Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 HOAI zu wahren und Honorarstreitigkeiten nach Vertragsschluss zu verhindern, ist das Honorar ausschließlich im Hinblick auf seine objektiven Honorarberechnungsfaktoren, also die anrechenbaren Kosten und die Honorarzone, anzupassen.** Die Anpassung des im Ermessen der Parteien liegenden Honorarsatzes ist hierzu nicht notwendig und würde den Parteien auch erheblichen Raum für Streitigkeiten bieten, die der Ordnungsgeber gerade vermeiden will. Zudem könnte der Auftraggeber – mitunter minimale – Leistungsänderungen zum Anlass nehmen, den mangels Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 5 HOAI anzuwendenden Mindestsatz zu verändern. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Parteien, hätten sie die Umstände der Vertragsänderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gekannt, wahrscheinlich den identischen Honorarsatz vereinbart hätten.

Schließlich sollen nach dem Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 HOAI Leistung und Gegenleistung 253 bei Leistungsänderungen wieder in das Verhältnis bei Vertragsschluss versetzt werden. Dies entspricht auch der Auslegung des § 2 Abs. 5 VOB/B, der vorliegend nicht anwendbar ist, jedoch den identischen Grundgedanken aufweist. Nach weit verbreiteter Ansicht habe die Ermitt-

lung des neuen Preises auf der Grundlage der unveränderten Kalkulation des Auftragnehmers zu erfolgen, nach der Devise „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“<sup>230</sup>. Begründet wird die Orientierung an der bisherigen Preiskalkulation damit, dass die Parteien auf diese Weise nach Möglichkeit an ihren vertraglichen Vereinbarungen und der von ihnen vorgenommenen Bewertung von Leistung und Gegenleistung festgehalten werden sollen<sup>231</sup>. Das Äquivalenzprinzip als tragender Grundsatz des Vertragsrechts solle hierdurch gewahrt bleiben<sup>232</sup>. Dies ist nur der Fall, wenn der Honorarsatz identisch bleibt. In der Vereinbarung der Höhe des Honorarsatzes drückt sich die Bewertung der Parteien hinsichtlich des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung aus. Mittels dieser Vereinbarung wird der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Handlungsfreiheit in Form der Vertragsfreiheit im Rahmen der Preisbestimmung größtmögliche Geltung verschafft.

254 Demnach bleibt der Honorarsatz bei einer Honoraranpassung im Rahmen des § 10 Abs. 1 HOAI unverändert<sup>233</sup>. Haben die Parteien den Honorarsatz nicht durch Vereinbarung des Mindest-, Mittel- oder Höchstsatzes vereinbart, sondern zahlenmäßig bestimmt, ist das Verhältnis des gewählten Honorars zum Mindestsatz prozentual zu (hierzu ausführlich *Rdnr. 265 ff.*).

#### 2.2.2 *Anpassung der Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind*

255 Die Honorarberechnungsgrundlage wird gemäß § 10 Abs. 1 HOAI für die Grundleistungen angepasst, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind.

##### 2.2.2.1 *Änderungsleistungen*

256 Von der Leistungsänderung betroffen sind die Grundleistungen, die nach der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung vom Auftragnehmer zu erbringen sind, im Zeitpunkt der Leistungsänderung noch nicht erbracht wurden und durch die Leistungsänderung nicht entfallen (sog. **Änderungsleistungen**). Zur Berechnung des Honorars der Änderungsleistungen ist deren Umfang zu bestimmen und hierfür die einschlägige Honorarberechnungsgrundlage anzupassen.

---

<sup>230</sup> Urteil des BGH vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94, NJW 1996, 1346, 1348; Urteil des OLG Naumburg vom 16.09.1999 – 14 U 12/99, IBR 2002, 61; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rdnr. 213; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 486; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1464.

<sup>231</sup> Jansen, in: BeckOK VOB/B, § 2 Abs. 5 Rdnr. 45.

<sup>232</sup> Jansen, in: BeckOK VOB/B, § 2 Abs. 5 Rdnr. 45.

<sup>233</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 10 Rdnr. 16; Lederer, in: Lederer/Heymann, Kapitel 1 Rdnr. 202; Stemmer, IBR 2010, 1461 Rdnr. 20.

### 2.2.2.1.1 *Umfang der Änderungsleistungen*

Nachdem der Anteil der erbrachten Grundleistungen bestimmt wurde (hierzu ausführlich *Rdnr. 178 ff.*), steht im Umkehrschluss fest, welche Grundleistungen bei Leistungsänderung noch nicht erbracht wurden. 257

Hiervon sind noch die Grundleistungen zu separieren, die infolge der Leistungsänderung nicht mehr erbracht werden müssen und daher entfallen, da diese gesondert honoriert werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 338 ff.*). 258

### 2.2.2.1.2 *Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage*

Die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage richtet sich danach, ob die Vertragsparteien gemäß § 7 Abs. 1 HOAI eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen haben (zu den Voraussetzungen *Rdnr. 451 ff.*) oder nach § 7 Abs. 5 HOAI das Honorar nach dem jeweiligen Mindestsatz zu bestimmen ist. 259

#### a) *Honoraranpassung bei wirksamer Honorarvereinbarung*

Haben die Vertragsparteien eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen, ist die Honoraranpassung wiederum davon abhängig, ob das Honorar unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter (Leistungsbild, anrechenbare Kosten, Honorarzone, Honorarsatz, Grundleistungen) vereinbart (*Abschnitt (aa)*) oder konkret beziffert wurde (*Abschnitt (bb)*). 260

#### (aa) *Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter*

Haben die Parteien wirksam ein Pauschalhonorar unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter vereinbart, ist das Gesamthonorar um die veränderten anrechenbaren Kosten und die ggf. veränderte Honorarzone anzupassen. Hingegen bleibt der Honorarsatz unverändert (hierzu ausführlich *Rdnr. 244 ff.*). Anschließend ist das angepasste Honorar ins Verhältnis zu dem Umfang der geänderten Grundleistungen zu setzen. 261

Die Berechnungsformel für das Honorar der geänderten Grundleistungen ( $H_{\text{äG}}$ ) lautet: 262

$$H_{\text{äG}} = H_{\text{AK}_{\text{neu}}; \text{HZ}_{\text{neu}}; \text{HS}} * G_{\text{ä}}$$

|                            |   |                                            |                           |
|----------------------------|---|--------------------------------------------|---------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                    |
| mit:                       |   |                                            |                           |
| $AK_{neu}$                 | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                    |
| $HZ_{neu}$                 | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)            |
| $HS$                       | = | Honorarsatz                                | [in % des Honorarrahmens] |
| $G_{\ddot{a}}$             | = | Umfang der Änderungsleistungen             | [in %]                    |

263 **Beispiel:** Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit sämtlichen Leistungsphasen zur Errichtung eines Gebäudes, dessen anrechenbaren Kosten 500.000,- € betragen und welches der Honorarzone III entspricht. Die Parteien vereinbaren wirksam die Anwendung des Höchstsatzes. Nach Abschluss der Grundleistungen der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und der Honorarzone IV zuzuordnen ist. Durch die Leistungsänderung entfallen keine Grundleistungen.

264 **Lösung:**

Umfang der nicht erbrachten Grundleistungen: Nach der Leistungsänderung waren die Grundleistungen der Leistungsphasen 4 – 9 noch nicht erbracht. Diese geänderten Grundleistungen werden nach § 34 Abs. III Nr. 4 – 9 HOAI mit einem Anteil von 76 % bewertet.

Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage: Die Parteien haben sich nicht über ein konkretes Pauschalhonorar geeinigt, sondern die Honorarberechnungsparameter festgelegt. Da die nicht erbrachten Grundleistungen nach der Leistungsänderung im Hinblick auf das geänderte Objekt zu erbringen sind, sind dessen Honorarberechnungsparameter heranzuziehen (anrechenbare Kosten: 750.000,- €; Honorarzone: IV; Honorarsatz: Höchstsatz). Unter Anwendung der Honorartabelle für das Leistungsbild Gebäude nach § 35 Abs. 1 HOAI beträgt das Honorar für alle Leistungsphasen (100 %) nach der Honorarberechnungsgrundlage der geänderten Leistungen 126.301,00 € netto.

Berechnung des Beispiels:

$$H_{\ddot{a}G} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS} * G_{\ddot{a}}$$

$$H_{\ddot{a}G} = 126.301,00 \text{ €} * 0,76$$

$$H_{\ddot{a}G} = 95.988,76 \text{ €}$$

Hiernach beträgt das Honorar für geänderten Grundleistungen 95.988,76 € netto.

(bb) *Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars*

Haben die Parteien wirksam eine Honorarvereinbarung getroffen und dabei das Honorar der Höhe nach beziffert, ist zunächst der vereinbarte Honorarsatz prozentual zu berechnen. Der Honorarsatz gibt wieder, in welchem Bereich sich die Parteien zwischen dem nach der Honorartabelle einschlägigen Mindest- und Höchstsatz geeinigt haben (hierzu ausführlich *Rdnr. 80 ff.*). Da der Honorarsatz im Rahmen der Anpassung der Berechnungsgrundlage unberührt bleibt (hierzu ausführlich *Rdnr. 246 f.*), muss das Honorar für die geänderten Grundleistungen auch dem vereinbarten Honorarsatz entsprechen (hierzu ausführlich *Rdnr. 268 ff.*). Sodann ist unter Zuhilfenahme des errechneten Honorarsatzes das 100%-Honorar der Änderungsleistungen zu berechnen (hierzu ausführlich *Rdnr. 0 ff.*). Dieses ist anschließend mit dem Umfang der Änderungsleistungen zu multiplizieren (hierzu ausführlich *Rdnr. 276 f.*).

Die Gesamtberechnungsformel für das Honorar der Änderungsleistungen ( $H_{\text{äL}}$ ) lautet: 266

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_{\text{ä}}$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$   
mit:

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$   
mit

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

|                              |   |                                            |                              |
|------------------------------|---|--------------------------------------------|------------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                       |
| mit                          |   |                                            |                              |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{neu}$                   | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$                       | = | Honorarhöchstsatz                          | [= 100 % des Honorarrahmens] |
| $G_{\ddot{u}}$               | = | Umfang der Änderungsleistungen             | [in %]                       |

267 Die Berechnung setzt sich aus folgenden Einzelberechnungen zusammen:

268 Zur Ermittlung des Honorarsatzes ( $HS_b$ ) ist folgende Teil-Berechnungsformel einschlägig:

$$HS_b = \frac{H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}$$

|                              |   |                                               |                              |
|------------------------------|---|-----------------------------------------------|------------------------------|
| $H_b$                        | = | bezziffertes Honorar                          | [in €]                       |
| $H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI             | [in €]                       |
| mit                          |   |                                               |                              |
| $AK_{alt}$                   | = | anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{alt}$                   | = | Honorarzone des unveränderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_m$                       | = | Honorarmindestsatz                            | [= 0 % des Honorarrahmens]   |
| $H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI             | [in €]                       |
| mit                          |   |                                               |                              |
| $AK_{alt}$                   | = | anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{alt}$                   | = | Honorarzone des unveränderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$                       | = | Honorarhöchstsatz                             | [= 100 % des Honorarrahmens] |

## 269 Rechenweg:

Von dem vereinbarten Honorar für das ursprüngliche Leistungsobjekt wird zunächst das Mindesthonorar hierfür abgezogen. Hierdurch wird bestimmt, in welchem Umfang die Vertragsparteien von dem Mindesthonorar abgewichen sind. Dieses wird anschließend dividiert durch das Produkt aus dem Höchst- und dem Mindesthonorar, welches den gesamt möglichen Honorarraahmen (100 %) bestimmt. Die Formel ist die Vereinfachung eines Dreisatzes, der wie folgt lautet:



$$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} = 100 \%$$

$$H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} = X \%$$

$$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} = 100 \% \quad | : H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$$

$$0 \% = \frac{100}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}} \quad | * H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$$

$$H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} = \frac{100 * H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}$$

$$\text{in Dezimalzahlen:} \quad \frac{100 * H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}$$

$$= \frac{H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}$$

**Beispiel:** Die Parteien vereinbaren für die Errichtung eines Wohnhaus der Honorarzone III mit 270 anrechenbaren Kosten von 500.000,- € ein Honorar von 65.000,- € netto für sämtliche Grundleistungen. Nach Abschluss der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und der Honorarzone IV zuzuordnen ist. Durch die Leistungsänderung entfallen keine Grundleistungen.

### Lösung:

271

Der vereinbarte Honorarsatz wird wie folgt berechnet:

$$HS_b = \frac{H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}$$

$$HS_b = \frac{65.000,00 \text{ €} - H_{500.000;III;0}}{H_{500.000;III;100} - H_{500.000;III;0}}$$

$$HS_b = \frac{65.000,00 \text{ €} - 62.900,00 \text{ €}}{78.449,00 \text{ €} - 62.900,00 \text{ €}}$$

$$HS_b = 0,14$$

272 Da die nicht erbrachten Grundleistungen nach der Leistungsänderung im Hinblick auf das geänderte Objekt zu erbringen sind, ist die Honorarberechnungsgrundlage der geänderten Grundleistungen an die Honorarberechnungsparameter des geänderten Leistungsobjektes anzupassen. Unter Zuhilfenahme des errechneten Honorarsatzes ist sodann das 100%-Honorar der Änderungsleistungen zu berechnen.

273 Die Teil-Berechnungsformel für das 100%-Honorar der Änderungsleistungen ( $H\ddot{A}_{100\%}$ ) lautet:

$$H\ddot{A}_{100\%} = \left( HS_b * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$$

Der Honorarsatz wird mit der neuen Spanne multipliziert und zum neuen Mindestsatz hinzurechnet.

|                              |   |                                                   |                                     |
|------------------------------|---|---------------------------------------------------|-------------------------------------|
| $HS_b$                       | = | <i>berechneter Honorarsatz</i>                    | <i>[in % des Honorarrahmens]</i>    |
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$ | = | <i>Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI</i>          | <i>[in %]</i>                       |
| <i>mit</i>                   |   |                                                   |                                     |
| $AK_{neu}$                   | = | <i>anrechenbare Kosten des geänderten Objekts</i> | <i>[in €]</i>                       |
| $HZ_{neu}$                   | = | <i>Honorarzone des geänderten Objekts</i>         | <i>(= I, II, ...)</i>               |
| $HS_m$                       | = | <i>Honorarmindestsatz</i>                         | <i>[= 0 % des Honorarrahmens]</i>   |
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$ | = | <i>Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI</i>          | <i>[in €]</i>                       |
| <i>mit</i>                   |   |                                                   |                                     |
| $AK_{neu}$                   | = | <i>anrechenbare Kosten des geänderten Objekts</i> | <i>[in €]</i>                       |
| $HZ_{neu}$                   | = | <i>Honorarzone des geänderten Objekts</i>         | <i>(= I, II, ...)</i>               |
| $HS_h$                       | = | <i>Honorarhöchstsatz</i>                          | <i>[= 100 % des Honorarrahmens]</i> |

## 274 **Rechenweg:**

Zunächst ist das Mindesthonorar des geänderten Leistungsobjekts von dessen Höchsthonorar abzuziehen, um den Honorarrahmen für das geänderte Leistungsobjekt zu bestimmen. Anschließend ist der Honorarrahmen mit dem zuvor errechneten Honorarsatz zu multiplizieren, um die von den Parteien vereinbarte Erhöhung des Honorars über den Mindestsatz auch im Rahmen der Honoraranpassung fortzuführen. Da hierdurch nur das Honorar über dem Mindestsatz berechnet wird, ist schlussendlich das Mindesthonorar hinzuzurechnen.

**Lösung des obigen Beispielfalles:**

275

$$H\ddot{A}_{100\%} = \left( HS_b * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$$

$$H\ddot{A}_{100\%} = \left( 0,14 * (H_{750.000;IV;100\%} - H_{750000;IV;0\%}) \right) + H_{750000;IV;0\%}$$

$$H\ddot{A}_{100\%} = (0,14 * (126.301,00 \text{ €} - 112.156,00 \text{ €})) + 112.156,00 \text{ €}$$

$$H\ddot{A}_{100\%} = 114.136,30 \text{ €}$$

Anschließend ist das angepasste 100%-Honorars mit dem Umfang der Änderungsleistungen zu multiplizieren. Die Teil-Berechnungsformel für das Honorar der Änderungsleistungen ( $H_{\ddot{a}G}$ ) lautet:

$$H_{\ddot{a}G} = H\ddot{A}_{100\%} * G_{\ddot{a}}$$

$$H\ddot{A}_{100\%} = \text{angepasstes 100\%-Honorar} \quad [\text{in €}]$$

$$G_{\ddot{a}} = \text{Umfang der Änderungsleistungen} \quad [\text{in \%}]$$

**Lösung des obigen Beispielfalles:**

277

Umfang der nicht erbrachten Grundleistungen: Nach der Leistungsänderung waren die Grundleistungen der Leistungsphasen 4 – 9 noch nicht erbracht. Diese werden nach § 34 Abs. III Nr. 4 – 9 HOAI mit einem Anteil von 76 % bewertet.

Berechnung:

$$H_{\ddot{a}G} = H\ddot{A}_{100\%} * G_{\ddot{a}}$$

$$H_{\ddot{a}G} = H\ddot{A}_{100\%} * G_{\ddot{a}}$$

$$H_{\ddot{a}G} = 114.136,30 \text{ €} * 0,76$$

$$H_{\ddot{a}G} = 86.743,59 \text{ €}$$

Das Honorar für die Änderungsleistungen (76 %) beträgt 86.743,59 € netto.

**Gesamtlösung des obigen Beispielfalles:**

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_h} - H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_m}} - H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_m} \right) * (H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS_h} - H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS_m}) \right) + H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS_m} \right) * G_{\text{ä}} \right)$$

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{65.000,00 \text{ €} - H_{500.000;III;0}}{H_{500.000;III;100} - H_{500.000;III;0}} \right) * (H_{750.000;IV;100\%} - H_{750.000;IV;0\%}) \right) + H_{750.000;IV;0\%} \right) * 0,76$$

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{65.000,00 \text{ €} - 62.900,00 \text{ €}}{78.449,00 \text{ €} - 62.900,00 \text{ €}} \right) * (126.301,00 \text{ €} - 112.156,00 \text{ €}) + 112.156,00 \text{ €} \right) * 0,76 \right)$$

$$H_{\text{äL}} = 86.743,59 \text{ €}$$

(cc) Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

279 Haben die Parteien ein Pauschalhonorar der Höhe nach beziffert und nur bestimmte Grundleistungen vereinbart, ist in einem Zwischenschritt das 100%-Honorar zu bestimmen (hierzu ausführlich *Rdnr. 191 ff.*).

280 Wir die obige Gesamtberechnungsformel um diese Zwischenberechnung ergänzt, lautet die Gesamtberechnungsformel für das Honorar der Änderungsleistungen ( $H_{\text{äL}}$ ) bei anteiliger Vereinbarung von Grundleistungen:

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{\frac{H_b}{G_v} - H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_m}}{H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_h} - H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_m}} \right) * (H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS_h} - H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS_m}) \right) + H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS_m} \right) * G_{\text{ä}} \right)$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]  
 $G_v$  = vereinbarte Grundleistungen [in %]

$H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_m}$   
 mit:

$AK_{\text{alt}}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{\text{alt}}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{\text{alt}};HZ_{\text{alt}};HS_h}$   
 mit

$AK_{\text{alt}}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{\text{alt}}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

|                              |   |                                            |                              |
|------------------------------|---|--------------------------------------------|------------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in %]                       |
| mit                          |   |                                            |                              |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{neu}$                   | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_m$                       | = | Honorarmindestsatz                         | [= 0 % des Honorarrahmens]   |
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                       |
| mit                          |   |                                            |                              |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{neu}$                   | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$                       | = | Honorarhöchstsatz                          | [= 100 % des Honorarrahmens] |
| $G_{\ddot{a}}$               | = | Umfang der Änderungsleistungen             | [in %]                       |

**Beispiel:** Die Parteien vereinbaren für die Errichtung eines Wohnhauses der Honorarzone III mit 281  
anrechenbaren Kosten von 500.000,- € ein Honorar von 63.000,- € netto für die Leistungsphasen  
1 – 8. Nach Abschluss der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des  
Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 750.000,- € betragen und der Honorarzone IV  
zuzuordnen ist.

**Lösung:** 282

Berechnung des 100%-Honorars: Das Honorar wurde für die Leistungsphasen 1 – 8 vereinbart.  
Diese werden nach § 34 Abs. III Nr. 1 – 8 HOAI mit einem Anteil von 98 % bewertet, wofür die  
Parteien 63.000 € netto vereinbart haben.

Berechnung des Beispiels:

$$H_{100\%} = \frac{H_b}{G_v}$$

$$H_{100\%} = \frac{63.000,00 \text{ €}}{0,98}$$

$$H_{100\%} = 64.285,71 \text{ €}$$

Das Honorar für 100 % der Grundleistungen würde 64.285,71 € netto betragen.

Umfang der nicht erbrachten Grundleistungen: Nach der Leistungsänderung waren die Grund-  
leistungen der Leistungsphasen 4 – 8 noch nicht erbracht. Diese werden nach § 34 Abs. III Nr. 4  
– 8 HOAI mit einem Anteil von 74 % bewertet.

Gesamtberechnung des Beispiels:

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{\frac{H_b}{G_v}}{H_{AK,alt;HZ,alt;HS_m} - H_{AK,alt;HZ,alt;HS_m}} - H_{AK,alt;HZ,alt;HS_m} \right) * (H_{AK,neu;HZ,neu;HS_h} - H_{AK,neu;HZ,neu;HS_m}) + H_{AK,neu;HZ,neu;HS_m} \right) * G_{\text{ä}} \right)$$

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{\frac{63.000,00 \text{ €}}{0,98} - H_{500.000;III;0}}{H_{500.000;III;100} - H_{500.000;III;0}} \right) * (126.301,00 \text{ €} - 112.156,00 \text{ €}) + 112.156,00 \text{ €} \right) * 0,74 \right)$$

$$H_{\text{äL}} = \left( \left( \left( \frac{64.285,71 \text{ €} - 62.900,00 \text{ €}}{78.449,00 \text{ €} - 62.900,00 \text{ €}} \right) * (126.301,00 \text{ €} - 112.156,00 \text{ €}) + 112.156,00 \text{ €} \right) * 0,74 \right)$$

$$H_{\text{äL}} = (0,09 * 14.145 \text{ €} + 112.156,00 \text{ €}) * 0,74$$

$$H_{\text{äL}} = 83.937,50 \text{ €}$$

b) *Honoraranpassung bei unterbliebener oder unwirksamer Honorarvereinbarung*

283 Haben die Vertragsparteien keine Honorarvereinbarung getroffen oder ist diese unwirksam, bspw. weil die Schriftform nicht eingehalten wurde oder der Mindestsatz unzulässig unterschritten wurde, ist nach § 7 Abs. 5 HOAI der Mindestsatz anzuwenden. Denn im Rahmen der Honoraranpassung, bei der das Honorar an die veränderten Honorarberechnungsparameter angepasst wird bleibt der Honorarsatz stets unverändert (hierzu ausführlich *Rdnr. 244 ff.*). Das hiernach errechnete Honorar ist ins Verhältnis zu dem Umfang der geänderten Grundleistungen zu setzen.

284 Die Berechnungsformel für das Honorar der geänderten Grundleistungen ( $H_{\text{äG}}$ ) lautet:

$$H_{\text{äG}} = H_{AK,neu;HZ,neu;HS_m} * G_{\text{ä}}$$

$H_{AK,neu;HZ,neu;HS_m}$  Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]  
mit:

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]

$HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)

$HS_m$  = Honorarmindestsatz (= 0 % des Honorarrahmens)

$G_{\text{ä}}$  = Umfang der Änderungsleistungen [in %]

285 **Beispiel:** Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit sämtlichen Leistungsphasen zur Errichtung eines Gebäudes, dessen anrechenbaren Kosten 500.000,- € betragen und welches der Honorarzone III entspricht. Anschließend vereinbaren die Parteien die Anwendung des Höchst-

Kapitel 2: Ansprüche und Rechte wegen Mehrleistungen und Leistungskürzungen

satzes. Nach Abschluss der Grundleistungen der Leistungsphase 3 einigen sich die Parteien über die Änderung des Gebäudes, dessen anrechenbare Kosten nunmehr 600.000,- € betragen und der Honorarzone IV zuzuordnen ist. Infolge der Leistungsänderung sind keine Grundleistungen weggefallen.

### **Lösung:**

286

Umfang der erbrachten Grundleistungen: Im Zeitpunkt der Leistungsänderung waren die Grundleistungen der Leistungsphasen 4 – 9 noch nicht erbracht. Diese geänderten Grundleistungen werden nach § 34 Abs. III Nr. 4 – 9 HOAI mit einem Anteil von 76 % bewertet.

Honorarberechnungsgrundlage: Die Parteien haben einen Vertrag über die Erbringung von Architekten- bzw. Ingenieurleistungen geschlossen und dabei keine Honorarvereinbarung getroffen. Die nachträgliche Vereinbarung des Höchstsatzes ist unwirksam nach § 7 Abs. 1, 5 HOAI, so dass die Mindestsätze anzuwenden sind. Da die nicht erbrachten Grundleistungen nach der Leistungsänderung im Hinblick auf das geänderte Objekt zu erbringen sind, sind dessen Honorarberechnungsparameter heranzuziehen (anrechenbare Kosten: 750.000,- €; Honorarzone: IV; Honorarsatz: Mindestsatz). Unter Anwendung der Honorartabelle für das Leistungsbild Gebäude nach § 35 Abs. 1 HOAI beträgt das angepasste Honorar für alle Leistungsphasen (100 %) nach der Honorarberechnungsgrundlage des geänderten Leistungsobjekts 112.156,00 € netto.

### Berechnung des Beispiels:

$$H_{\text{äG}} = H_{\text{AK}_{\text{neu}} \cdot \text{HZ}_{\text{neu}} \cdot \text{HS}_{\text{m}}} * G_{\text{ä}}$$

$$H_{\text{äG}} = 112.156,00 \text{ €} * 0,76$$

$$H_{\text{äG}} = 85.238,56 \text{ €}$$

Hiernach beträgt das Honorar für geänderten Grundleistungen 85.238,56 € netto.

### c) *Honoraranpassung bei Leistungsänderungen von Objektteilen*

Leistungsänderungen wirken sich häufig nicht auf das gesamte Bauobjekt aus, sondern können sich auch nur auf Objektteile beziehen, bspw. wenn lediglich ein Gebäudeflügel geändert werden soll. Für die Honoraranpassung bei Änderungsleistungen ist dies unbedeutend, da das Honorar anhand der anrechenbaren Kosten und der Honorarzone des geänderten Leistungsobjektes für sämtliche noch ausstehenden Grundleistungen bzw. Teilleistungen angepasst wird. Anders verhält sich dies bei Wiederholungsleistungen, da die Wiederholung ausschließlich bestimmte

287

Grundleistungen in Bezug auf die geänderten Objektteile betrifft und diese zusätzlich zu den Änderungsleistungen honoriert werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 293 ff.*).

#### 2.2.2.2 *Wiederholungsleistungen*

288 Von der Leistungsänderung ebenfalls betroffen sind die Grundleistungen, die vom Auftragnehmer im Zeitpunkt der Leistungsänderung bereits erbracht wurden und hierdurch bedingt wiederholt werden mussten (sog. **Wiederholungsleistungen**).

289 Zur Berechnung des Honorars der Wiederholungsleistungen bei Leistungsänderungen ist dessen Umfang zu bestimmen und hierfür ebenfalls die angepasste Honorarberechnungsgrundlage zugrunde zu legen.

##### 2.2.2.1.1 *Umfang der Wiederholungsleistungen*

290 Der Umfang der Wiederholungsleistungen bemisst sich danach, welchen prozentualen Anteil die wiederholten Grundleistungen an der Gesamtleistung haben (zur Bestimmung von anteiligen Grundleistungen *Rdnr. 71 ff.*).

##### 2.2.2.1.2 *Berechnungsgrundlage der Wiederholungsleistungen*

291 Die Höhe des Honorars für die Wiederholungsleistungen wird nach **denselben Berechnungsmethoden berechnet, wie die der Änderungsleistungen**. Einziger Unterschied ist, dass das Honorar nicht für den Umfang der nicht erbrachten Grundleistungen (Änderungsleistungen), sondern **anteilig für den Umfang der Wiederholungsleistungen** zu berechnen ist. Das heißt, die angepasste Honorarberechnungsgrundlage ist mit dem Umfang der Wiederholungsleistungen zu multiplizieren.

292 Zusammengefasst sind folgende Berechnungsformel einschlägig, wobei zur Erläuterung auf die identischen Ausführungen zu der Berechnung des Honorars für die Änderungsleistungen Bezug genommen wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 256 ff.*):

- Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter

$$H_{wG} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS} * G_w$$

|                            |   |                                            |                           |
|----------------------------|---|--------------------------------------------|---------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                    |
| mit:                       |   |                                            |                           |
| $AK_{neu}$                 | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                    |
| $HZ_{neu}$                 | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)            |
| $HS$                       | = | Honorarsatz                                | [in % des Honorarrahmens] |



$G_w$  = Umfang der Wiederholungsleistungen [in %]

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für sämtliche Grundleistungen

$$H_{wG} = \left( \left( \left( \frac{H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HHS_{neu}} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_w$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HMS_{alt}}$   
mit:

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HHS_{alt}}$   
mit

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HMS_{neu}}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HHS_{neu}}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$G_w$  = Umfang der Wiederholungsleistungen [in %]

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

$$H_{wG} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{G_v} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_{mt}} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HHS_{neu}} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_w \right)$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]  
 $G_v$  = vereinbarte Grundleistungen [in %]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$   
 mit:  
 $AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$   
 mit:  
 $AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]  
 mit:  
 $AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]  
 mit:  
 $AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$G_w$  = Umfang der Wiederholungsleistungen [in %]

- Unterbliebene oder unwirksame Honorarvereinbarung

$$H_{wG} = H_{AK_{neu}; HZ_{neu}; HS_m} * G_w$$

|                                |   |                                            |                            |
|--------------------------------|---|--------------------------------------------|----------------------------|
| $H_{AK_{neu}; HZ_{neu}; HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                     |
| mit:                           |   |                                            |                            |
| $AK_{neu}$                     | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{neu}$                     | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$                         | = | Honorarmindestsatz                         | (= 0 % des Honorarrahmens) |
| $G_w$                          | = | Umfang der Wiederholungsleistungen         | [in %]                     |

#### 2.2.2.1.3 Wiederholungsleistungen an Objektteilen

Wirken sich Leistungsänderungen nicht auf das gesamte Bauobjekt aus, sondern lediglich auf Objektteile, sind die **Wiederholungsleistungen auch nur im Hinblick auf die geänderten Gebäudeteile zu honorieren.** 293

Würde zur Berechnung des Honorars für die Wiederholungsleistungen das gesamte Bauobjekt, das heißt die vollständigen anrechenbaren Kosten zugrunde gelegt werden, würde der Auftragnehmer über den tatsächlichen Wiederholungsaufwand hinaus für die Wiederholung von Grundleistungen des gesamten Gebäudes honoriert werden. **Auch würde eine Doppelhonorierung eintreten, da der Auftragnehmer für die Gebäudeteile, für die Grundleistungen nicht wiederholt werden, bereits im Rahmen der Änderungsleistungen honoriert wird.** Daher darf sich die Honorarberechnung der Wiederholungsleistungen nur auf die von der Wiederholung betroffenen Objektteile beziehen. 294

Teilweise wird vertreten, das Wiederholungshonorar im Rahmen der Objektüberwachung danach zu berechnen, dass der auf die Objektüberwachung entfallene Honoraranteil auf den Quadratmeter der Grundfläche des Bauvorhabens berechnet wird und dieser mit der Grundfläche des von der wiederholt zu erbringenden Objektüberwachungsleistung betroffenen Raumes zzgl. eines Gewerkefaktors zu multiplizieren sei<sup>234</sup>. Der Gewerkefaktor sei aus den Baukosten des von einer wiederholten Bearbeitung betroffenen Gewerkes, geteilt durch die Baukosten sämtlicher Gewerke, zu ermitteln<sup>235</sup>. 295

<sup>234</sup> Ansicht des Architekten im Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06, Abschnitt A.

<sup>235</sup> Ansicht des Auftragnehmers im Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06, Abschnitt A.

- 296 Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, da diese Berechnungsweise von dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 HOAI abweicht, wonach die Honorarberechnungsgrundlage für die von der Leistungsänderung betroffenen Grundleistungen anzupassen ist. Auch entspricht dies nicht der Systematik der HOAI, die insb. in § 8 HOAI auf die jeweils beauftragten Grundleistungen und nicht auf die Parameter des Bauvorhabens Bezug nimmt. Daneben sind die Baukosten pro Fläche des betroffenen Raumes kein geeigneter Maßstab, wenn als Mehrleistung nur an einzelnen Stellen wie z. B. nur an einer Heizung, einer Wand oder einer Ecke des Raumes gearbeitet werden muss<sup>236</sup>.
- 297 Ein Verstoß gegen die Systematik der HOAI würde auch vorliegen, wenn lediglich auf die anrechenbaren Kosten des geänderten Objektteils abgestellt werden würde, da hierdurch der Degressionseffekt der Honorartabelle verloren ginge<sup>237</sup>. Die Mindest- und Höchstsatzhonorare der Honorartabelle weisen einen Degressionseffekt auf, das heißt bei höheren anrechenbaren Kosten verringert sich das Honorar proportional. Würde das Honorar für die Wiederholungsleistung ausschließlich anhand der anrechenbaren Kosten des geänderten Objektteils berechnet, würde sich die Änderung honorarerhöhend auswirken.
- 298 Daher sind die anrechenbaren Kosten der geänderten Gebäudeteile in das Verhältnis zu den geänderten anrechenbaren Kosten des Gesamtobjekts zu setzen<sup>238</sup>. Anschließend ist das nach den obigen jeweils einschlägigen Berechnungsformeln errechnete Honorar für die Wiederholungsleistungen mit diesem prozentualen Honoraranteil zu multiplizieren.
- 299 Die Berechnungsformel für den Anteil der Wiederholungsleistung bei Leistungsänderung von Objektteilen ( $G_{\text{ät}}$ ) lautet:

$$G_{\text{ät}} = \frac{AK_{\text{äO}}}{AKG_{\text{neu}}}$$

$AK_{\text{äO}}$  = anrechenbare Kosten der geänderten Objektteile vor Leistungsänderung

$AKG_{\text{neu}}$  = anrechenbare Kosten des gesamten geänderten Objekts

---

<sup>236</sup> Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2d).

<sup>237</sup> Seifert, BauR 2014, 330, 339.

<sup>238</sup> Seifert, BauR 2014, 330, 339.

**Beispiel:** Die Parteien haben sich auf eine Leistungsänderung eines Gebäudes geeinigt, dessen anrechenbare Kosten ursprünglich 500.000,- € betragen haben. Durch die Leistungsänderung belaufen sich die anrechenbaren Kosten des Gebäudes auf insgesamt 750.000,- €. Die Änderung bezieht sich nur auf einen Gebäudeteil, dessen anrechenbare Kosten sich vor der Leistungsänderung auf 200.000 € beliefen.

## Lösung

$$G_{\text{ät}} = \frac{AK_{\text{äO}}}{AKG_{\text{neu}}}$$

$$G_{\text{ät}} = \frac{200.000,00 \text{ €}}{750.000,00 \text{ €}}$$

$$G_{\text{ät}} = 0,27$$

Bei Leistungsänderungen von Objektteilen sind die obigen Berechnungsformeln für die Honorierung von Wiederholungsleistungen wie folgt zu ergänzen:

- Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter

$$H_{\text{wG}} = H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS} * G_{\text{w}} * G_{\text{ät}}$$

$H_{AK_{\text{neu}};HZ_{\text{neu}};HS}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]

mit:

$AK_{\text{neu}}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]

$HZ_{\text{neu}}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)

$HS$  = Honorarsatz [in % des Honorarrahmens]

$G_{\text{w}}$  = Umfang der Wiederholungsleistungen [in %]

$G_{\text{ät}}$  = Umfang des geänderten Objektteils [in %]

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für sämtliche Grundleistungen

$$H_{wG} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_w$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$   
mit:

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$   
mit

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$G_w$  = Umfang der Wiederholungsleistungen [in %]

$G_{\text{üt}}$  = Umfang des geänderten Objektteils [in %]

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

$$H_{wG} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{G_v} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_w \right)$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]  
 $G_v$  = vereinbarte Grundleistungen [in %]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$   
mit:

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$   
mit

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$G_w$  = Umfang der Wiederholungsleistungen [in %]  
 $G_{\Delta t}$  = Umfang des geänderten Objektteils [in %]

- Unterbliebene oder unwirksame Honorarvereinbarung

$$H_{wG} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} * G_w * G_{\ddot{a}t}$$

|                              |   |                                            |                            |
|------------------------------|---|--------------------------------------------|----------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                     |
| mit:                         |   |                                            |                            |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{neu}$                   | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$                       | = | Honorarmindestsatz                         | (= 0 % des Honorarrahmens) |
| $G_w$                        | = | Umfang der Wiederholungsleistungen         | [in %]                     |
| $G_{\ddot{a}t}$              | = | Umfang des geänderten Objektteils          | [in %]                     |

### 2.2.2.3 Änderungsbedingte Zusatzleistungen

303 Von der Leistungsänderung ebenfalls betroffen sind die Grundleistungen, die vom bisherigen Vertragsumfang nicht erfasst waren und infolge der Leistungsänderung notwendig werden (sog. **Zusatzleistungen**). Zur Berechnung des Honorars der Zusatzleistungen bei Leistungsänderungen ist dessen Umfang zu bestimmen und hierfür die geänderte Honorarberechnungsgrundlage zugrunde zu legen.

#### 2.2.2.3.1 Umfang der Zusatzleistungen

304 Der Umfang der Zusatzleistungen bemisst sich nach dem Anteil der zusätzlich beauftragten Leistungsphasen und Grundleistungen an der Gesamtleistung (hierzu ausführlich *Rdnr. 71 ff.*).

#### 2.2.2.3.2 Berechnungsgrundlage der Zusatzleistungen

305 Die Höhe des Honorars für die Zusatzleistungen wird nach denselben Berechnungsmethoden berechnet, wie die der Wiederholungs- und Änderungsleistungen. Einziger Unterschied ist, dass das Honorar anteilig für den Umfang der Zusatzleistungen zu berechnen ist.

306 Zusammengefasst sind folgende Berechnungsformel einschlägig, wobei zur Erläuterung auf die identischen Ausführungen zu der Berechnung des Honorars für die Änderungsleistungen Bezug genommen wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 256 ff.*):

- Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter

$$H_{zG} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS} * G_z$$



|                            |   |                                            |                           |
|----------------------------|---|--------------------------------------------|---------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                    |
| mit:                       |   |                                            |                           |
| $AK_{neu}$                 | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                    |
| $HZ_{neu}$                 | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)            |
| $HS$                       | = | Honorarsatz                                | [in % des Honorarrahmens] |
| $G_z$                      | = | Umfang der Zusatzleistungen                | [in %]                    |

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für sämtliche Grundleistungen

$$H_{zG} = \left( \left( \left( \frac{H_b - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_z$$

|       |   |                     |        |
|-------|---|---------------------|--------|
| $H_b$ | = | beziffertes Honorar | [in €] |
|-------|---|---------------------|--------|

|                              |   |                                               |                            |
|------------------------------|---|-----------------------------------------------|----------------------------|
| $H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$ |   |                                               |                            |
| mit:                         |   |                                               |                            |
| $AK_{alt}$                   | = | anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{alt}$                   | = | Honorarzone des unveränderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$                       | = | Honorarmindestsatz                            | [= 0 % des Honorarrahmens] |

|                              |   |                                               |                              |
|------------------------------|---|-----------------------------------------------|------------------------------|
| $H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$ |   |                                               |                              |
| mit                          |   |                                               |                              |
| $AK_{alt}$                   | = | anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{alt}$                   | = | Honorarzone des unveränderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$                       | = | Honorarhöchstsatz                             | [= 100 % des Honorarrahmens] |

|                              |   |                                            |                            |
|------------------------------|---|--------------------------------------------|----------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in %]                     |
| mit                          |   |                                            |                            |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{neu}$                   | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$                       | = | Honorarmindestsatz                         | [= 0 % des Honorarrahmens] |

|                              |   |                                            |        |
|------------------------------|---|--------------------------------------------|--------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €] |
| mit                          |   |                                            |        |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €] |

|            |   |                                    |                              |
|------------|---|------------------------------------|------------------------------|
| $HZ_{neu}$ | = | Honorarzone des geänderten Objekts | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$     | = | Honorarhöchstsatz                  | [= 100 % des Honorarrahmens] |
| $G_z$      | = | Umfang der Zusatzleistungen        | [in %]                       |

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

$$H_{zG} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{G_v} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_z \right)$$

|       |   |                             |        |
|-------|---|-----------------------------|--------|
| $H_b$ | = | beziffertes Honorar         | [in €] |
| $G_v$ | = | vereinbarte Grundleistungen | [in %] |

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$

mit:

|            |   |                                               |                            |
|------------|---|-----------------------------------------------|----------------------------|
| $AK_{alt}$ | = | anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{alt}$ | = | Honorarzone des unveränderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$     | = | Honorarmindestsatz                            | [= 0 % des Honorarrahmens] |

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$

mit

|            |   |                                               |                              |
|------------|---|-----------------------------------------------|------------------------------|
| $AK_{alt}$ | = | anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{alt}$ | = | Honorarzone des unveränderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$     | = | Honorarhöchstsatz                             | [= 100 % des Honorarrahmens] |

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$

mit

|            |   |                                            |                            |
|------------|---|--------------------------------------------|----------------------------|
| $AK_{neu}$ | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{neu}$ | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$     | = | Honorarmindestsatz                         | [= 0 % des Honorarrahmens] |

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$

mit

|            |   |                                            |                              |
|------------|---|--------------------------------------------|------------------------------|
| $AK_{neu}$ | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                       |
| $HZ_{neu}$ | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)               |
| $HS_h$     | = | Honorarhöchstsatz                          | [= 100 % des Honorarrahmens] |

|       |   |                             |        |
|-------|---|-----------------------------|--------|
| $G_z$ | = | Umfang der Zusatzleistungen | [in %] |
|-------|---|-----------------------------|--------|

- Unterbliebene oder unwirksame Honorarvereinbarung

$$H_{zG} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} * G_z$$

|                              |   |                                            |                            |
|------------------------------|---|--------------------------------------------|----------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                     |
| mit:                         |   |                                            |                            |
| $AK_{neu}$                   | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                     |
| $HZ_{neu}$                   | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$                       | = | Honorarmindestsatz                         | (= 0 % des Honorarrahmens) |
| $G_z$                        | = | Umfang der Zusatzleistungen                | [in %]                     |

### 2.2.2.3.3 Zusatzleistungen an Objektteilen

Wirken sich Leistungsänderungen nicht auf das gesamte Bauobjekt aus, sondern nur auf Objektteile, sind die infolge der Leistungsänderung erforderlichen Zusatzleistungen auch nur im Hinblick auf diese Gebäudeteile zu erbringen. 307

Zur Berechnung des Honorars für Zusatzleistungen bei Änderung von Objektteilen kann vollumfänglich auf die Ausführungen zu Wiederholungsleistungen an Objektteilen verwiesen werden (hierzu ausführlich Rdnr. 293 ff.). 308

- Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter

$$H_{zG} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS} * G_z * G_{\text{ät}}$$

|                            |   |                                            |                           |
|----------------------------|---|--------------------------------------------|---------------------------|
| $H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI          | [in €]                    |
| mit:                       |   |                                            |                           |
| $AK_{neu}$                 | = | anrechenbare Kosten des geänderten Objekts | [in €]                    |
| $HZ_{neu}$                 | = | Honorarzone des geänderten Objekts         | (= I, II, ...)            |
| $HS$                       | = | Honorarsatz                                | [in % des Honorarrahmens] |
| $G_z$                      | = | Umfang der Zusatzleistungen                | [in %]                    |
| $G_{\text{ät}}$            | = | Umfang des geänderten Objektteils          | [in %]                    |

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für sämtliche Grundleistungen

$$H_{zG} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) \right) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_z * G_{\text{Ät}}$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$   
mit:

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]

$HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)

$HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$   
mit

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]

$HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)

$HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]

$HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)

$HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]  
mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]

$HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)

$HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$G_z$  = Umfang der Zusatzleistungen [in %]

$G_{\text{Ät}}$  = Umfang des geänderten Objektteils [in %]

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

$$H_{zG} = \left( \left( \left( \frac{H_b}{G_v} - H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m} \right) * (H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h} - H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}) + H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} \right) * G_z * G_{\hat{a}t} \right)$$

$H_b$  = beziffertes Honorar [in €]  
 $G_v$  = vereinbarte Grundleistungen [in %]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_m}$

mit:

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{alt};HZ_{alt};HS_h}$

mit

$AK_{alt}$  = anrechenbare Kosten des unveränderten Objekts [in €]  
 $HZ_{alt}$  = Honorarzone des unveränderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in %]

mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_m$  = Honorarmindestsatz [= 0 % des Honorarrahmens]

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_h}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]

mit

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]  
 $HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)  
 $HS_h$  = Honorarhöchstsatz [= 100 % des Honorarrahmens]

$G_z$  = Umfang der Zusatzleistungen [in %]

$G_{\hat{a}t}$  = Umfang des geänderten Objektteils [in %]

- Unterbliebene oder unwirksame Honorarvereinbarung

$$H_{zG} = H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m} * G_z * G_{\ddot{a}t}$$

$H_{AK_{neu};HZ_{neu};HS_m}$  = Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI [in €]

mit:

$AK_{neu}$  = anrechenbare Kosten des geänderten Objekts [in €]

$HZ_{neu}$  = Honorarzone des geänderten Objekts (= I, II, ...)

$HS_m$  = Honorarmindestsatz (= 0 % des Honorarrahmens)

$G_z$  = Umfang der Zusatzleistungen [in %]

$G_{\ddot{a}t}$  = Umfang des geänderten Objektteils [in %]

309

### **Anforderungen an die Dokumentation**

*Folgende Umstände sind im Zusammenhang mit Mehrleistungen zu dokumentieren:*

#### **Vertragsschluss**

- Zeitpunkt, in dem sich die Parteien einig waren, dass der Auftragnehmer Architekten- bzw. Ingenierleistungen erbringen soll.
- Schriftlicher Architektenvertrag oder bei mündlicher Beauftragung die Dokumentation der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen

#### **Leistungsänderung**

- Gespräche und Schriftverkehr über eine Abweichung des Leistungsziels bzw. –umfangs von der ursprünglichen mündlichen bzw. schriftlichen Vereinbarung
- Durch die Leistungsänderung eingetretene Abweichung der anrechenbaren Kosten und/oder Honorarzone

#### **Leistungsumfang**

- der erbrachten Leistungen
- Trennung zwischen den Leistungen, die bis zur Entscheidung der Leistungsänderung erbracht wurden und solche, die anschließend erbracht wurden.
- Infolge der Leistungsänderung zu wiederholende oder zusätzlich zu erbringende Grundleistungen

D. Honoraransprüche bei isolierter Erweiterung der vereinbarten Grundleistungen

Mehrleistungen entstehen auch, wenn die Vertragsparteien ohne Veränderung des Leistungsobjektes den Umfang der vereinbarten Grundleistungen erweitern. Dies betrifft die Wiederholung von Grundleistungen (*Abschnitt I*) und die zusätzliche Erbringung von Grundleistungen (*Abschnitt II*). 310

I. *Anspruch auf Zahlung eines Wiederholungshonorars nach § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 10 Abs. 2 HOAI*

Der Umfang der Grundleistungen kann dadurch verändert werden, dass bereits erbrachte Grundleistungen wiederholt zu erbringen sind (**Wiederholungsleistungen**). Dies ist bspw. der Fall, wenn aufgrund eines insolventen Bauunternehmens die Grundleistungen im Zusammenhang mit der Vergabe erneut erbracht werden müssen. Da das Leistungsobjekt unverändert bleibt, werden diese Wiederholungsleistungen gemäß § 10 Abs. 2 HOAI nach der unveränderten Honorarberechnungsgrundlage honoriert. 311

Der im Rahmen der 7. HOAI-Novelle 2013 normierte § 10 Abs. 2 HOAI bestimmt die Voraussetzungen für Honorare bei isolierten Wiederholungsleistungen (ohne Leistungsänderung): 312

**§ 10**

**Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs**

(2) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer über die Wiederholung von Grundleistungen, ohne dass sich die anrechenbaren Kosten oder Flächen ändern, ist das Honorar für diese Grundleistungen entsprechend ihrem Anteil an der jeweiligen Leistungsphase schriftlich zu vereinbaren. 313

§ 10 Abs. 2 HOAI enthält wie § 10 Abs. 1 HOAI eine zeitliche Abfolge des Honoraranspruchs. Zunächst müssen sich die Vertragsparteien über die Erbringung von Wiederholungsleistungen geeinigt haben. Gemäß den unterschiedlichen Anwendungsbereichen des BGB und der HOAI bestimmt die HOAI die honorarrechtlichen Folgen einer vertraglichen Änderung des Leistungsumfangs. Ob sich die Vertragsparteien hierüber geeinigt haben, unterliegt den zivilrechtlichen Vorschriften des BGB. In einem zweiten Schritt ist das Honorar für die Wiederholungsleistungen nach ihrem Anteil an der jeweiligen Leistungsphase zu bestimmen. 314

1. *Voraussetzungen des Anspruchs auf Wiederholungshonorar nach § 10 Abs. 2 HOAI*

1.1. *Einigung über die Wiederholung von Grundleistungen nach § 631 BGB*

315 Zwingende Voraussetzung des Anspruchs ist die Einigung der Vertragsparteien über die Wiederholung von Grundleistungen (hierzu die obigen sinngemäßen Ausführungen zu den Voraussetzungen einer Einigung über Vertragsänderungen unter *Rdnr. 205 ff.*).

316 Diese Einigung berührt den von den Parteien getroffenen Vertragsinhalt nicht, sondern betrifft die weitere Erbringung von Grundleistungen. Es handelt sich daher um einen selbstständigen Vertrag über Werkleistungen nach § 631 BGB.

1.2. *Keine Änderung der anrechenbaren Kosten*

317 Die Honorierung von Wiederholungsleistungen nach § 10 Abs. 2 HOAI ist subsidiär (zum Normverhältnis ausführlich *Rdnr. 134 ff.*). Daher dürfen sich die anrechenbaren Kosten nicht geändert, dass heißt das Leistungsobjekt nicht verändert haben.

2. *Rechtsfolge: Anspruch auf Vereinbarung eines Honorars für die Wiederholungsleistung*

318 Haben sich die Vertragsparteien über die Wiederholung von Grundleistungen geeinigt, ohne dass eine Leistungsänderung vorliegt, ist das Honorar für die Wiederholungsleistungen nach § 10 Abs. 2 HOAI, entsprechend ihrem Anteil an der jeweiligen Leistungsphase, zu honorieren, wobei eine schriftliche Vereinbarung hierüber getroffen werden soll.

2.1 *Schriftliche Vereinbarung des Wiederholungshonorars*

319 § 10 Abs. 2 HOAI bestimmt, dass das Honorar für die Wiederholungsleistungen schriftlich zu vereinbaren ist. Dabei kann die schriftliche Vereinbarung als Tatbestandsvoraussetzung oder Rechtsfolge betrachtet werden. Da § 10 Abs. 2 HOAI genauso wie § 10 Abs. 1 HOAI eine Soll-Bestimmung enthält und der Sinn und Zweck der Norm einen **Anspruch des Auftragnehmers auf Zustimmung des Auftraggebers zur Vereinbarung des Wiederholungshonorars** begründet, dient das Erfordernis der schriftlichen Vereinbarung allein Beweissicherungszwecken und ist Teil der Rechtsfolge (hierzu die sinngemäßen Ausführungen zu § 10 Abs. 1 HOAI unter *Rdnr. 233 ff.*).



## 2.2 *Höhe des Wiederholungshonorars*

Die Höhe des Wiederholungshonorars bemisst sich nach dem Anteil der Wiederholungsleistungen an den jeweiligen Leistungsphasen (*Abschnitt 2.2.1*) und ist anhand der unveränderten Honorarberechnungsgrundlage zu honorieren (*Abschnitt 2.2.2*). 320

### 2.2.1 *Umfang der Wiederholungsleistungen*

Der Umfang der Wiederholungsleistungen bemisst sich nach dem Anteil der wiederholten Leistungsphasen und Grundleistungen an der Gesamtleistung (hierzu ausführlich *Rdnr. 71 ff.*). 321

### 2.2.2 *Honorarberechnungsgrundlage*

Die Honorarberechnungsgrundlage richtet sich danach, ob die Vertragsparteien gemäß § 7 Abs. 1 HOAI eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen haben (hierzu ausführlich *Rdnr. 451 ff.*). 322  
Ist dies nicht der Fall, gelten nach § 7 Abs. 5 HOAI die Mindestsätze als vereinbart.

#### 2.2.2.1 *Keine Änderung der Honorarberechnungsgrundlage*

Die einschlägigen Honorarberechnungsparameter können bei isolierten Wiederholungsleistungen nicht verändert werden. Dies folgt daraus, dass § 10 Abs. 2 HOAI anders als § 10 Abs. 1 HOAI nicht an eine Änderung des Leistungsobjektes anknüpft und hieraus keine Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage vornimmt. 323

Denn **die Honorarberechnungsgrundlage bleibt unangetastet**. Die Vertragsparteien können daher auch für isolierte Wiederholungsleistungen keinen abweichenden Honorarsatz vereinbaren. Dies folgt aus dem Systemzusammenhang der Normen. Denn werden neben dem vereinbarten Vertragsumfang weitere Grundleistungen beauftragt, sind diese gemäß § 8 Abs. 1 und 2 HOAI nach ihrem jeweiligen Leistungsumfang zu honorieren. Hierbei können die Vertragsparteien nach § 7 Abs. 1 HOAI bei Vertragsschluss eine schriftliche Honorarvereinbarung treffen und hierdurch die Honorarbemessungskriterien festlegen. Würde dies auch für Wiederholungsleistungen gelten, wäre die Regelung des § 10 Abs. 2 HOAI bedeutungslos. Der Ordnungsgeber hat durch die Regelung des § 10 Abs. 2 HOAI vielmehr bewusst vorgesehen, dass die Honorarberechnungsgrundlage unverändert bleibt, da ansonsten Streitigkeiten der Parteien über die Honorierung entstehen würden, die zu einer Leistungsverweigerung führen könnten. 324

### 2.2.2.2 Honorarberechnung

325 Die Höhe des Honorars für die isolierten Wiederholungsleistungen wird nach **denselben Berechnungsmethoden berechnet, wie die der erbrachten Grundleistungen**. Einziger Unterschied ist, dass das Honorar nicht für den Umfang der erbrachten Grundleistungen, sondern **für den Umfang der Wiederholungsleistungen** zu berechnen ist.

326 Zusammengefasst sind folgende Berechnungsformeln einschlägig, wobei für die Erläuterungen auf die identischen Ausführungen zu der Berechnung des Honorars für die erbrachten Grundleistungen Bezug genommen wird (hierzu ausführlich *Rdnr. 180 ff.*):

- Honorarvereinbarung unter Bestimmung der Honorarberechnungsparameter

$$H_{wG} = H_{AZ;HZ;HS} * G_w$$

|                |   |                                    |                           |
|----------------|---|------------------------------------|---------------------------|
| $H_{AZ;HZ;HS}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI  | [in €]                    |
| mit:           |   |                                    |                           |
| $AK$           | = | anrechenbare Kosten                | [in €]                    |
| $HZ$           | = | Honorarzone                        | (= I, II, ...)            |
| $HS$           | = | vereinbarter Honorarsatz           | [in % des Honorarrahmens] |
| $G_w$          | = | Umfang der Wiederholungsleistungen | [in %]                    |

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für sämtliche Grundleistungen

$$H_{wG} = H_b * G_w$$

|       |   |                                    |        |
|-------|---|------------------------------------|--------|
| $H_b$ | = | beziffertes Honorar                | [in €] |
| $G_w$ | = | Umfang der Wiederholungsleistungen | [in %] |

- Wirksame Honorarvereinbarung unter Bezifferung des Honorars für anteilige Grundleistungen

$$H_{wG} = \frac{H_b}{G_v} * G_w$$

|       |   |                                    |        |
|-------|---|------------------------------------|--------|
| $H_b$ | = | beziffertes Honorar                | [in €] |
| $G_v$ | = | vereinbarte Grundleistungen        | [in %] |
| $G_w$ | = | Umfang der Wiederholungsleistungen | [in %] |

- Unterbliebene oder unwirksame Honorarvereinbarung

$$H_{wG} = H_{AK;HZ;HS_m} * G_w$$

|                  |   |                                    |                            |
|------------------|---|------------------------------------|----------------------------|
| $H_{AK;HZ;HS_m}$ | = | Honorar nach §§ 33 ff, 4 ff. HOAI  | [in €]                     |
| mit:             |   |                                    |                            |
| $AK$             | = | anrechenbare Kosten                | [in €]                     |
| $HZ$             | = | Honorarzone                        | (= I, II, ...)             |
| $HS_m$           | = | Honorarmindestsatz                 | (= 0 % des Honorarrahmens) |
| $G_w$            | = | Umfang der Wiederholungsleistungen | [in %]                     |

- Wiederholungsleistungen an Objektteilen

Die Berechnungsformeln sind bei Leistungsänderungen von Objektteilen mit dem Anteil der geänderten Objektteile ( $G_{wt}$ ) zu ergänzen:

$$G_{wt} = \frac{AK_{wO}}{AKG}$$

|           |   |                                                  |
|-----------|---|--------------------------------------------------|
| $AK_{wO}$ | = | anrechenbare Kosten des wiederholten Objektteils |
| $AKG$     | = | anrechenbare Kosten des gesamten Objekts         |

## II. Anspruch auf Zahlung des Zuschhonorars nach § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 8 HOAI

Der bisherige Leistungsumfang kann auch dadurch geändert werden, dass der Leistungsumfang um Grundleistungen erweitert wird, die bisher nicht vom Vertragsinhalt umfasst waren (**Zusatzleistungen**). Unabhängig von einer Leistungsänderung ist dies bspw. der Fall, wenn zunächst lediglich die Leistungsphasen 1 – 5 beauftragt waren und anschließend die Leistungsphasen 6 – 8 beauftragt wurden. 327

Zusatzleistungen sind nicht zu verwechseln mit **Zusätzlichen Leistungen**, die zuletzt unter § 28 HOAI 1996/2002 geregelt waren. Bei Zusätzlichen Leistungen handelte es sich um Planungs- und Überwachungsleistungen im Zusammenhang mit Fertigteilen im Bauwesen. Diese Regelung wurde mit der 6. HOAI-Novelle 2009 ersatzlos gestrichen, da die Regelung nach Ansicht des Verordnungsgebers keine klare Honorarregelung und sich in der Praxis in preisrechtlicher Hin- 328

sicht als bedeutungslos erwiesen habe oder Leistungen nur kursorisch ansprachen, ohne dass dabei ein klares Leistungsbild entstanden sei<sup>239</sup>. Seither existiert der Begriff der Zusätzlichen Leistungen in der HOAI nicht mehr.

329

Bei isoliert von einer Leistungsänderung beauftragten Zusatzleistungen besteht die Besonderheit, dass diese **in keinem denkbaren Zusammenhang mit Bauablaufstörungen** stehen. Dies folgt daraus, dass Bauablaufstörungen die Bauausführung betreffen, auf den die Leistungserbringung des Architekten oder Ingenieurs nur begrenzt Einfluss hat (hierzu ausführlich *Rdnr.* 7). Wird der Architekt oder Ingenieur zunächst nur teilweise mit Grundleistungen beauftragt (bspw. Leistungsphasen 1 – 4) und anschließend der Auftrag um zusätzliche Grundleistungen (bspw. Leistungsphasen 5 – 8, d. h. auch mit der Bauüberwachung) erweitert, ist dies nicht auf den Eintritt einer Ursache zurückzuführen, die ebenfalls zu einer Bauablaufstörung führt. Vielmehr ist dies Folge der Entscheidung des Auftraggebers, den Auftragnehmer mit weiteren Leistungen zu beauftragen, die er ansonsten selbst oder durch einen anderen übernommen hätte. Daher können auch keine Mehraufwendungen des Auftragnehmers wegen Bauablaufstörungen nicht im Zusammenhang mit isoliert beauftragten Zusatzleistungen entstehen<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> BR-Drucks. 395/09 S. 153 f.

<sup>240</sup> Aus diesem Grund wird auf eine Darstellung der Honorierung von isoliert beauftragten Zusatzleistungen verzichtet.

***Anforderungen an die Dokumentation bei isolierter Erweiterung des Leistungsumfangs***

*Folgende Umstände sind im Zusammenhang mit isolierten Mehrleistungen zu dokumentieren:*

***Vertragsschluss***

- *Zeitpunkt, in dem sich die Parteien einig waren, dass der Auftragnehmer Architekten- bzw. Ingenieurleistungen erbringen soll.*
- *Schriftlicher Architektenvertrag mit sämtlichen Anlagen oder bei mündlicher Beauftragung die getroffenen Absprachen*

***Leistungserweiterung***

*Gespräche und Schriftverkehr über eine Abweichung des Leistungsumfangs von dem ursprünglich mündlich bzw. schriftlich vereinbarten Leistungsumfang*

***Leistungsumfang***

- *der erbrachten Leistungen*
- *der wiederholten und/oder zusätzlichen Leistungen*

*E.                    Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag*

331 Da sowohl der Honoraranpassungsanspruch wegen Leistungsänderungen nach § 10 Abs. 1 HOAI, als auch der Anspruch auf Wiederholungshonorar nach § 10 Abs. 2 HOAI eine Einigung der Vertragsparteien voraus setzen, hat der Auftragnehmer – trotz eventuell durchgeführter Mehrleistungen – keinen Anspruch auf zusätzliches Honorar, wenn der Auftraggeber seinen Zustimmung verweigert hat. Das BGB sieht für diese Fälle einer Geschäftsführung ohne Auftrag vor, dass der Auftragnehmer nach §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB zumindest die notwendigen Aufwendungen ersetzt verlangen kann. Da jedoch Entgeltansprüche für Architekten- und Ingenieurleistungen dem Anwendungsbereich der HOAI unterliegen können, ist festzustellen, ob hiervon auch Aufwendungsersatzansprüche wegen Geschäftsführung ohne Auftrag erfasst sind und begrenzt bzw. ausgeschlossen sind.

*I.                    Eröffnung des Anwendungsbereichs der HOAI*

332 Der Anwendungsbereich der HOAI ist auch bei Ansprüchen wegen fehlender Beauftragung eröffnet. § 1 HOAI begrenzt den Anwendungsbereich der HOAI auf die Berechnung des Entgelts für die Grundleistungen von Architekten und Ingenieuren, für die von der Verordnung erfassten Grundleistungen. Dabei umfasst der Oberbegriff des Entgelts das Honorar und die Nebenkosten. Honorar ist die Gegenleistung für eine vermögenswerte Zuwendung<sup>241</sup> (hierzu ausführlich *Rdnr. 33 ff.*). Da der Aufwendungsersatzanspruch des Auftragnehmers nach §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der vom Auftragnehmer erbrachten Leistung steht, insbesondere weil er einen Ausgleich für die Erbringung der nicht beauftragten Leistungen darstellt, ist dieser als Entgelt i.S.d. § 1 HOAI zu bewerten.

333 Dabei ist unerheblich, dass der Auftraggeber den Mehrleistungen nicht zugestimmt hat und daher den Aufwendungsersatz nicht als Gegenleistung freiwillig gewährt, sondern aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag folgt. Entscheidend ist eine objektive Sichtweise, wonach der Aufwendungsersatz in direktem Zusammenhang mit den für die Mehrleistungen notwendigen Mehraufwendungen steht. Nur hierdurch kann eine **Umgehung der HOAI innerhalb ihres Anwendungsbereichs verhindert** werden.

---

<sup>241</sup> Urteil des RG vom 30.01.1940 – V 76/38, RGZ 163, 348, 356; Irmeler, in: Irmeler, § 1 Rdnr. 6; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 5.

## II. *Vereinbarkeit des Aufwendungsersatzanspruches mit den Regelungen der HOAI*

Ogleich der Eröffnung des Anwendungsbereichs der HOAI enthält diese **keine spezielle Regelung über einen Aufwendungsersatzanspruch bei unterbliebener Einigung der Vertragsparteien**. Die HOAI enthält einzig die Zentralnorm des § 7 Abs. 1 HOAI, wonach sich das Honorar nach der schriftlichen Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung richtet. Soweit diese nicht vorliegt, bestimmt § 7 Abs. 5 HOAI, dass die Mindestsätze „gemäß Absatz 1 vereinbart sind“. Diese Vorschrift ist jedoch nicht in der Weise auszulegen, dass auch für Aufwendungsersatzansprüche der Mindetsatz gilt. Denn nach dem Wortlaut („wird unwiderleglich vermutet, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Absatz 1 vereinbart sind“) sowie dem systematischen Zusammenhang zu § 7 Abs. 1 HOAI betrifft diese Norm einzig Leistungen der HOAI, für die die Parteien keine wirksame Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI getroffen haben. Ansonsten könnte der Auftragnehmer stets Leistungen, die von der HOAI geregelt werden, ohne Beauftragung erbringen und der Auftraggeber wäre verpflichtet, die Mindestsätze nach der einschlägigen Honorartabelle zu zahlen. Auch würde durch Anwendung der Mindestsätze eine Einigung der Vertragsparteien faktisch fingiert werden. Dies ist nach dem Zivilrecht aber nur in strengen Ausnahmefällen vorgesehen<sup>242</sup>. 334

Dies führt jedoch im Umkehrschluss nicht dazu, dass der Auftragnehmer gemäß §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB die tatsächlichen Aufwendungen erstattet verlangen kann. Denn durch die Anwendbarkeit der HOAI unterliegt das Entgelt für die erbrachten Mehrleistungen einer preisrechtlichen Begrenzung. Hiernach wird ein Entgelt nur innerhalb des jeweiligen Honorarrahmens gezahlt, wenn eine Einigung der Parteien vorliegt. Daneben werden lediglich Nebenkosten erstattet. Im Übrigen sieht die HOAI keine Erstattung von Aufwendungen vor. Auch wenn dies im Einzelfall unbillig sein mag, ist dies die zwingende Folge der Vorschriften der HOAI. 335

Hinzu kommt, dass die erforderlichen Aufwendungen aller Wahrscheinlichkeit nach niedriger als die jeweiligen Mindestsätze sind, so dass die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruches zu einer von **Unterschreitung der Mindestsätze** führen würde, die von der HOAI zur Bekämpfung von Dumpinglöhnen verhindert werden soll. Ansonsten würde die Anerkennung eines Aufwendungsersatzanspruches den Parteien eine Möglichkeit bieten, Leistungen der HOAI mit einem Entgelt unterhalb der Mindestsätze unter dem Deckmangel der Geschäftsführung ohne Auftrag abzurechnen, auch wenn dies als Umgehungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig wäre. 336

---

<sup>242</sup> Ellenberger, in: Palandt, § 130 Rdnr. 18.

337 **Daher kann der Auftragnehmer bei unterbliebener Einigung mit dem Auftraggeber keinen Ersatz für die notwendigen Aufwendungen aus erbrachten Mehrleistungen fordern<sup>243</sup>.** Der Auftragnehmer ist daher gehalten ohne Einigung über die Erbringung der Mehrleistungen keine Leistungserbringung vorzunehmen. Haben sich die Vertragsparteien über die Mehrleistungen geeinigt, jedoch hierfür noch keine Honoraranpassung vorgenommen bzw. ein Wiederholungshonorar vereinbart, ist dies unschädlich, da der Auftragnehmer einen Anspruch auf Zustimmung zur Honoraranpassung bzw. der Höhe des Wiederholungshonorars hat (hierzu ausführlich *Rdnr. 232 und 318 ff.*).

*F.                    Ansprüche bei Leistungskürzungen*

338 Im Laufe der Bauausführung können auch Leistungskürzungen auftreten. Dies kann zum einen das Bauobjekt (Leistungsziel) betreffen und/oder die vereinbarten Grundleistungen (Leistungsumfang).

339 Einigen sich die Vertragsparteien auf eine Leistungsänderung, durch die das ursprünglich vereinbarte Leistungsobjekt verkleinert wird, werden nach § 10 Abs. 1 HOAI für die noch zu erbringenden Leistungen die anrechenbaren Kosten gekürzt, so dass sich das Honorar des Auftragnehmers entsprechend verringert. Auch kann sich der Leistungsumfang begrenzen, wenn ursprünglich beauftragte Grundleistungen im Laufe der Ausführung entbehrlich werden. Sowohl bei einer Begrenzung des Leistungsziels, als auch des Leistungsumfangs, entfällt für den Auftragnehmer ein Teil des ihm versprochenen Honorars, mit dem er wegen des Vertragsschlusses mit dem Auftraggeber kalkuliert.

340 Die Begrenzung des Leistungsziels oder –umfangs kann als Teilkündigung nach § 649 BGB gewertet werden, so dass dem Auftragnehmer nach § 649 Satz 2 BGB das für die weggefallene Leistung vereinbarte Honorar, abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise Erlangen, zusteht.

*I.                    Vorliegen einer Kündigungserklärung*

*1.                    (Teil-)Kündigungserklärung des Auftraggebers*

341 Die Kündigungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die keiner bestimmten Form unterliegt und mit dem Zugang beim Auftragnehmer wirksam wird<sup>244</sup>. Sie

---

<sup>243</sup> a. A. Motzke/Wolf S. 122; Morlock, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 402 ff.; Pastor, in: Werner/Pastor, Rdnr. 2411; Für Ansprüche nach §§ 812 ff. bejahend Urteil des BGH vom 23.06.1994 – VII ZR 167/93, BauR 1994, 651, 653; Offen gelassen durch Urteil des BGH vom 23.11.2006 – VII ZR 110/05, NJW-RR 2007, 378, 379.

<sup>244</sup> Schwenker, in: Erman, § 649 Rdnr. 2.



kann von einer Vertragspartei ausdrücklich oder stillschweigend durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Letzteres ist der Fall, wenn sich aus der Erklärung zweifelsfrei ergibt, dass der Besteller eine endgültige Aufhebung des Vertragsverhältnisses herbeiführen will<sup>245</sup>.

Da bei Leistungskürzungen nicht das gesamte Vertragsverhältnis aufgelöst werden soll, sondern 342 nur Teile der geschuldeten Leistung entfallen, kann nur eine Teilkündigung vorliegen. In diesem Fall **muss sich aus der Erklärung ergeben, dass beauftragte Leistungsteile endgültig nicht mehr erbracht werden sollen.**

## 2. *(Teilweise) Vertragsauflösung durch Einigung der Parteien*

Die Begrenzung des Leistungsumfangs beruht nicht immer auf einer einseitigen Erklärung des 343 Auftraggebers. Vielmehr können sich auch **die Vertragsparteien über eine Leistungskürzung einigen**. Hierbei handelt es sich um einen (Teil-)Auflösungsvertrag nach § 311 Abs. 1 BGB. Da § 649 Satz 1 BGB alleine für (einseitige) Kündigungen Anwendung findet, steht dem Auftragnehmer bei Vertragsauflösungen kein Anspruch nach § 649 Satz 2 BGB zu.

Auflösungsvereinbarungen sind gemäß §§ 133, 157 BGB danach auszulegen, ob der Honoraran- 344 spruch des Auftragnehmers für die gekürzte Leistung durch die Auflösungsvereinbarung erlöschen oder in einem bestimmten Umfang erhalten bleiben soll<sup>246</sup>. Hierbei ist insbesondere die Willenserklärung des Auftragnehmers danach auszulegen, ob dieser auf den anteiligen Honoraranspruch verzichten wollte. Ein Verzicht auf Ansprüche stellt rechtsdogmatisch einen Erlass nach § 397 BGB dar, an den besonders hohe Anforderungen zu stellen sind<sup>247</sup>, so dass das alleinige Einverständnis des Auftragnehmers zur Leistungskürzung nicht ausreichend ist<sup>248</sup>. Vielmehr muss der Erklärung des Auftragnehmers der unmissverständliche Wille zu entnehmen sein, dass dieser auf den Honorar- anspruch für die gekürzten Leistungen verzichten wollte<sup>249</sup>. **Denn der Umstand, dass der Auftragnehmer eine Leistungskürzung akzeptiert, enthält keine Aussa-**

---

<sup>245</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 9; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 Rdnr. 17 Schwenker, in: Erman, § 649 Rdnr. 2 f.; Voit, in: Bamberger/Roth, § 649 Rdnr. 5.

<sup>246</sup> Urteil des BGH vom 29.06.2000 – VII ZR 186/99, NZBau 2000, 467; Urteil des BGH vom 29.04.1999 – VII ZR 248/98, NJW 1999, 2661, 2662; Urteil des BGH vom 18.12.1975 – VII ZR 75/75, NJW 1976, 518; Urteil des BGH vom 07.03.1974 – VII ZR 35/73, NJW 1974, 945, 946; Urteil des BGH vom 04.06.1973 – VII ZR 113/71, NJW 1973, 1463 f.; Urteil des OLG Karlsruhe vom 16.01.1992 – 9 U 209/90, NJW-RR 1993, 1368, 1369; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1411; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1160.

<sup>247</sup> Urteil des BGH vom 03.06.2008 – XI ZR 353/07, NJW 2008, 2842, 2843; Urteil des BGH vom 07.03.2006 – VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511, 1512; Urteil des BGH vom 20.12.1983 – VI ZR 19/82, NJW 1984, 1346, 1347; Grüneberg, in: Palandt, § 397 Rdnr. 6.

<sup>248</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 BGB Rdnr. 68.

<sup>249</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2001 – VII ZR 356/00, NJW 2001, 2325, 2326; Münchener Kommentar BGB, § 397 Rdnr. 3.

ge darüber, ob dieser auch auf einen dafür vereinbarten Honoraranspruch verzichten wollte.

345 Dabei sind die Umstände, die zur Verkürzung der Leistung geführt haben, bei der Auslegung zu berücksichtigen, insbesondere, welche Rechte der Auftraggeber im Zeitpunkt der einverständlichen Aufhebung hätte geltend machen können und welchen Honorarfolgen er dann ausgesetzt gewesen wäre<sup>250</sup>. **Hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber keinen Anlass zu einer Kündigung aus wichtigem Grund gegeben, sprechen die Umstände mutmaßlich gegen einen Verzichtswillen**<sup>251</sup>. Denn der Auftragnehmer weiß, dass er auf die Vertragsaufhebung auch verzichten kann und den Auftraggeber somit in die (Teil-)Kündigung nach § 649 BGB zwingen würde. In diesem Fall wird überwiegend vertreten, dass der Auftragnehmer auch bei einvernehmlicher Vertragsauflösung einen Anspruch auf das Honorar für die gekürzte Leistung abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise Erlangten hat<sup>252</sup>. **Hätte der Auftraggeber hingegen einen wichtigen Grund zur Kündigung nach § 314 BGB gehabt, wären die Honoraransprüche des Auftragnehmers ersatzlos weggefallen**<sup>253</sup>. Die Erklärung ist in diesem Fall dahingehend auszulegen, dass die Vertragsparteien den Entfall des Honoraranspruchs für die von der Leistungskürzung betroffenen Leistungen vereinbart haben.

## II. Zulässigkeit der Teilkündigung

### 1. Zulässigkeit der Teilkündigung nach § 649 Satz 1 BGB

346 Die Zulässigkeit von Teilkündigungen ist fraglich, da § 649 BGB seinem Wortlaut nach von einer vollständigen Auflösung des Vertragsverhältnisses ausgeht. Obwohl der Wortlaut des § 649 BGB ein Kündigungsrecht hinsichtlich Teilen einer vereinbarten Leistung nicht ausdrücklich regelt, wird dieses vom Sinn und Zweck der Norm gestützt<sup>254</sup>. Denn dem Auftraggeber wird das Recht eingeräumt, sich unabhängig vom Bestehen eines Kündigungsgrundes vom Vertragsverhältnis zu lösen. Im Gegenzug bleibt dem Auftragnehmer sein Anspruch auf die Vergütung,

---

<sup>250</sup> Urteil des BGH vom 18.12.1975 – VII ZR 75/75, NJW 1976, 518; Urteil des BGH vom 07.03.1974 – VII ZR 35/73, NJW 1974, 945, 946; Urteil des BGH vom 04.06.1973 – VII ZR 113/71, NJW 1973, 1463 f.; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.05.1995 – 21 U 120/94, NJW-RR 1995, 1170; Urteil des OLG Karlsruhe vom 16.01.1992 – 9 U 209/90, NJW-RR 1993, 1368, 1369; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1411; ablehnend Grimme, MDR 1989, 20 f.

<sup>251</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1410.

<sup>252</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1410.

<sup>253</sup> Urteil des BGH vom 07.03.1974 – VII ZR 35/73, NJW 1974, 945, 946; Urteil des BGH vom 04.06.1973 – VII ZR 113/71, NJW 1973, 1463, 1464; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1412; Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, Vor §§ 8, 9 Rdnr. 41; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 BGB Rdnr. 68.

<sup>254</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1312; Lang, BauR 2006, 1956, 1957; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 Rdnr. 20; Voit, in: BeckOK BGB, § 649 Rdnr. 1; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1717.

abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise Erlangten, erhalten. Kann der Auftraggeber das gesamte Vertragsverhältnis auflösen, muss ihm nach dem Rechtsgrundsatz des Argumentum a maiore ad Minus erst recht möglich sein, das Vertragsverhältnis nur teilweise aufzulösen.

Unter Beachtung der Interessen des Auftragnehmers ist eine Teilkündigung jedoch nur dann möglich, wenn sie für ihn **zumutbar** ist<sup>255</sup> und wenn er hierdurch **nicht in seiner Leistungserbringung behindert wird**<sup>256</sup>. Ansonsten wird das grundsätzlich gewährte Teilkündigungsrecht von dem das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB versperrt<sup>257</sup>, wonach jedermann in Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat<sup>258</sup>. Denn nach § 649 BGB werden dem Auftragnehmer durch Erhalt des Vergütungsanspruches die Nachteile aus der grundlosen Vertragsauflösung ausgeglichen. Unzumutbarkeiten und erhebliche Erschwerungen wegen einer teilweisen Auflösung sind nicht erfasst und führen daher zur Versagung des rechtsgrundlosen Kündigungsrechtes.

Im Rahmen von (Teil-)Auflösungsvereinbarungen sind diese Aspekte nicht von Bedeutung, da diese durch die Willenserklärungen beider Parteien zustande kommen und daher der Auftragnehmer die Möglichkeit hatte, etwa wegen Unzumutbarkeit oder erheblichen Erschwerungen der weiteren Leistungserbringung, seine Zustimmung zu versagen. Da die einvernehmliche Auflösung eines Vertragsverhältnisses auf der den Vertragsparteien grundgesetzlich gewährten Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) beruht, sind sie auch dann frei Verträge nur teilweise aufzuheben.

## 2. *Zulässigkeit der Teilkündigung nach § 10 Abs. 1 HOAI*

Fraglich ist, ob ein Anspruch des Auftragnehmers wegen Teilkündigung unter den Anwendungsbereich der HOAI fällt und somit deren Begrenzungen unterliegt. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn § 10 Abs. 1 HOAI die Honorierung von Leistungsänderungen abschließend regelt, so dass dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Honorierung der gekündigten Teilleistungen verwehrt wäre.

---

<sup>255</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1313; Kirberger, BauR 2011, 343, 345; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 Rdnr. 20.

<sup>256</sup> Voit, in: Bamberger/Roth, § 649 Rdnr. 7; nach a. A. wird darauf abgestellt, ob der gekündigte Teil abtrennbar ist, so OLG München Urteil vom 13.11.2007 – 9 U 2947/07, NZBau 2009, 122; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 13; Glanzmann, in: RGRK, § 649 Rdnr. 3; Leidig/Hürter, NZBau 2009, 106 ff.

<sup>257</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1313; Lang, BauR 2006, 1956, 1957.

<sup>258</sup> Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rdnr. 1.

Die HOAI bestimmt als Preisrecht das Entgelt für die von ihr erfassten Leistungen des Auftragnehmers (*hierzu ausführlich Rdnr. 24 ff.*). Der Anspruch nach § 649 Satz 2 BGB fällt daher nur unter den Anwendungsbereich der HOAI, soweit es sich um Entgelt handelt. Bei Entgelt handelt es sich um die Gegenleistung für eine vermögenswerte Zuwendung<sup>259</sup>, die ihren Rechtsgrund in dem zwischen den Vertragsparteien geschlossenen Architekten- und Ingenieurvertrag hat. Ein Vertragsverhältnis, dass nach § 649 BGB gekündigt wird, endet für die Zukunft („ex nunc“)<sup>260</sup>. Bei einem Aufhebungsvertrag nach § 311 Abs. 1 BGB ist dies abhängig von der Parteivereinbarung<sup>261</sup>, wobei regelmäßig davon auszugehen ist, dass diese eine Aufhebung nur für die Zukunft beabsichtigen. Damit ist der Architekten- und Ingenieurvertrag weiterhin der Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen und entfällt durch die Kündigung für die nicht erbrachten Leistungen<sup>262</sup>. Bei einer teilweisen Auflösung, entfällt der Vertrag lediglich für die hiervon erfassten Leistungen. Das heißt, der Auftragnehmer ist zur Erbringung der gekündigten (bzw. von der Auflösungsvereinbarung betroffenen) Leistungen nicht mehr verpflichtet und der Auftraggeber muss das hierfür vereinbarte Honorar nicht zahlen. Stattdessen gewährt § 649 Satz 2 BGB dem Auftragnehmer eine Entschädigung in Höhe des Honorars für den entfallenen Leistungsteil, abzüglich der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs. Hierdurch wird das Vertrauen des Auftragnehmers in den Bestand des ursprünglichen Vertrags geschützt und dieser so gestellt, wie er stünde, wenn der Auftraggeber den Vertrag nicht gekündigt hätte<sup>263</sup>. Diese Entschädigung steht daher den Erwartungen des Auftragnehmers gegenüber und ist keine vermögenswerte Zuwendung für eine Gegenleistung des Auftragnehmers<sup>264</sup>. Dies ist im Übrigen auch der Grund dafür, dass der Entschädigungsanspruch nicht der Umsatzsteuerpflicht des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegt, wonach Leistungen gegen Entgelt besteuert werden<sup>265</sup>. **Ein etwaiger Anspruch nach § 649 Satz 2 BGB fällt daher nicht unter den Anwendungsbereich und damit die Begrenzungen der HOAI**<sup>266</sup>.

<sup>259</sup> Urteil des RG vom 30.01.1940 – V 76/38, RGZ 163, 348, 356; Irmeler, in: Irmeler, § 1 Rdnr. 6; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 5.

<sup>260</sup> Urteil des BGH vom 05.06.1997 – VII ZR 124/96, BauR 1997, 1060; Urteil des BGH vom 25.03.1993 – X ZR 17/92, NJW 1997, 3017, 3018; Urteil des BGH vom 25.03.1993 – X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1973; Schwenker, in: Erman, § 649 Rdnr. 11e.

<sup>261</sup> Hohloch, in: Erman, § 311 Rdnr. 14.

<sup>262</sup> Urteil des BGH vom 13.11.1981 – I ZR 168/79, NJW 1982, 2553, 2554; Gaier, in: Münchener Kommentar BGB, § 314 Rdnr. 23; Unberath, in: Bamberger/Roth, § 649 Rdnr. 23; Voit, in: BeckOK, § 649 BGB Rdnr. 8.

<sup>263</sup> Urteil des BGH vom 21.12.1995 – VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 22; Dittler, BauR 2006, 1215, 1216.

<sup>264</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 33.

<sup>265</sup> Urteil des EuGH vom 18.07.2007 – C 277/05, IStR 2007, 667; Versäumnisurteil des BGH vom 22.11.2007 – VII ZR 83/05, NJW 2008, 1522; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 33.

<sup>266</sup> So auch Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 113; Schramm/Schwenker, Rdnr. 76.

### III. Berechnung des Anspruchs für entfallene Grundleistungen

Nach § 649 Satz 2 BGB ist der Auftragnehmer berechtigt, das vereinbarte Honorar zu verlangen; 351  
er muss sich jedoch das anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Auf-  
wendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu  
erwerben böswillig unterlässt.

#### I. Berechnungsweisen

Hinsichtlich der Berechnung der Entschädigung ist umstritten, ob eine getrennte Abrechnung in 352  
der Weise zu erfolgen hat, dass das Honorar für die bis zur Kündigung tatsächlich erbrachten  
Leistungen und das Honorar (unter Abzug der ersparten Aufwendungen) für die in Folge der  
Kündigung nicht mehr erbrachten Leistungen zu trennen ist<sup>267</sup> oder der Honoraranspruch einheit-  
lich zu berechnen ist, indem das vereinbarte Gesamthonorar zu Grunde gelegt wird und hiervon  
die infolge der Kündigung ersparten Aufwendungen abgezogen werden<sup>268</sup>.

Eine **getrennte Abrechnung** ist bereits deshalb notwendig, da nur die erbrachten Leistungen 353  
steuerbare Umsätze nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG sind<sup>269</sup> und die ersparten Aufwendungen und der  
anderweitige erlangte Erwerb ausschließlich von dem Honorar für die nicht erbrachten Leistun-  
gen abzuziehen sind<sup>270</sup>. Ohne Trennung der erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen wäre  
die Abrechnung somit nicht gemäß § 15 HOAI prüffähig. Etwas anderes ergibt sich aus dem  
Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, **wenn im Zeitpunkt der Kündigung nur  
noch geringfügige Leistungen offenstehen**. In diesem Fall kann auf eine getrennte Abrechnung  
verzichtet und die Gesamtvergütung durch Abzug der nicht erbrachten Leistungen vom Gesamt-  
preis berechnet werden<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> Urteil des BGH vom 24.03.2011 – VII ZR 146/10, ZfBR 2011, 470, 471; Urteil des BGH vom 02.05.2002 – VII ZR 325/00, NZBau 2002, 508, 509; Urteil des BGH vom 04.07.1996 – VII ZR 227/93, NJW 1996, 3270, 3271 f.; Urteil des BGH vom 09.06.1994 – VII ZR 87/93, NJW-RR 1994, 1238, 1239; Urteil des BGH vom 02.06.1987 – X ZR 39/86, NJW 1987, 3123 f.; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 Rdnr. 32; Kemper, in: Frank/Kemper/Zahner/Grünhagen, § 8 VOB/B, Rdnr. 16 ff.; Kniffka, in: Jahrbuch Baurecht 2000, 1, 3; Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 130.

<sup>268</sup> Kapellmann, in: Jahrbuch Baurecht 1998, S. 5; Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rdnr. 25; Quack, FS Craushaar, S. 309, 312.

<sup>269</sup> Urteil des EuGH vom 18.07.2007 – C 277/05, IStR 2007, 667; Urteil des BGH vom 09.06.1994 – VII ZR 87/93, NJW 2008, 1522, 1523; Urteil des BGH vom 04.07.1996 – VII ZR 227/93, NJW 1996, 3270, 3271; Urteil des BGH vom 02.06.1987 – X ZR 39/86, NJW 1987, 3123, 3124.

<sup>270</sup> Kleineke, in: BeckOK VOB/B, § 8 Rdnr. 21.

<sup>271</sup> Urteil des BGH vom 25.11.2004 – VII ZR 394/02, NJW-RR 2005, 325, 326; Urteil des BGH vom 25.11.2004 – VII ZR 394/02, NZBau 2005, 147; Urteil des BGH vom 04.05.2000 – VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988, 2991; Urteil des OLG Celle vom 10.09.2008 – 14 U 79/08, NZBau 2009, 245, 247; Urteil des OLG Celle vom 04.01.2007 – 13 U 244/05, IBR 2008, 427, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen mit Beschluss des BGH BauR 2007, 100, 101 (hier: 4 %); Urteil des OLG Stuttgart vom 14.07.2011 – 10 U 59/10, BauR 2012, 1130,

## 2. *Honorarberechnung für die erbrachten Leistungen*

354 Zur Berechnung des Honorars für die erbrachten Leistungen ist der Leistungsstand im Zeitpunkt der Kündigung bzw. Änderungsvereinbarung festzustellen und nach der vereinbarten Honorarberechnungsweise zu honorieren.

355 Haben die Vertragsparteien ein **Pauschalhonorar** vereinbart, ist hierfür das anteilige Honorar zu berechnen. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Ansprüche bei Leistungsänderungen für die von der Leistungsänderung nicht betroffenen Leistungen verwiesen werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 178 ff.*). Wurde hingegen ein **Zeithonorar** vereinbart, sind die geleisteten Stunden mit dem vereinbarten Stundenlohn zu multiplizieren.

## 3. *Entschädigungsanspruch für die entfallenen Leistungen*

356 Der Anspruch für die entfallenen Leistungen errechnet sich nach § 649 Satz 2 BGB aus dem Honoraranspruch für die entfallenen Leistungen abzüglich der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs.

### 3.1 *Honoraranspruch für die entfallenen Leistungen*

357 Der Honoraranspruch für die entfallenen Leistungen folgt aus dem Gesamthonorar abzüglich des zuvor berechneten Honorars für die erbrachten Leistungen.

### 3.2 *Abzug der ersparten Aufwendungen*

358 Anschließend sind die ersparten Aufwendungen abzuziehen. Dies sind die tatsächlichen Kosten, die beim Auftragnehmer bei Ausführung der vollständigen Leistungen angefallen wären und infolge der Nichtausführung der entfallenen Leistungen nicht entstanden sind<sup>272</sup>.

359 **Lohn- und Personalkosten** werden nur erspart, wenn der Auftragnehmer für die Durchführung der entfallenen Leistungen neue Arbeitskräfte hätte einstellen, freie Mitarbeiter wie bspw. Bauleiter beauftragt worden wären oder bestehendes Personal Überstunden hätte machen müssen

---

1141 das 4,34 % der nicht erbrachten Leistung als zu viel ansah; Urteil des OLG Brandenburg vom 10.05.2006 – 4 U 207/05, IBR 2006, 384; Urteil des OLG Hamm vom 10.01.2006 – 24 U 94/05, NJW-RR 2006, 1392, 1393 (hier: 2 %); Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rdnr. 53; Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 134.

<sup>272</sup> Urteil des BGH vom 22.09.2005 – VII ZR 63/04, NZBau 2005, 683, 684; Urteil des BGH vom 08.07.1999 – VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261, 3262; Urteil des BGH vom 11.02.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867 f.; Urteil des BGH vom 04.07.1996 – VII ZR 227/93, NJW 1996, 3270, 3271 f.; Urteil des OLG Hamm vom 13.03.2008 – 21 U 15/06, BauR 2011, 693, 696; Urteil des OLG Hamm vom 20.11.2003, BauR 2006, 1310, 1131; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 38.

und der Auftragnehmer davon wegen der Kündigung abgesehen hätte<sup>273</sup> oder wenn infolge der entfallenen Leistungen Personal abgebaut worden wäre<sup>274</sup>. Dabei ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet Stammpersonal zu reduzieren, wobei er hierzu auch in der Regel kurzfristig nicht in der Lage ist<sup>275</sup>. Setzt der Auftragnehmer sein Personal für andere Aufträge ein, wird dies im Rahmen des anderweitigen Erwerbs angerechnet<sup>276</sup> (hierzu ausführlich *Rdnr. 363 ff.*).

Da § 649 Satz 2 BGB eine Regelung des Werkvertragsrechts ist und daher überwiegend für Bauverträge Anwendung findet, werden nach der Rechtsprechung und der einschlägigen Fachliteratur auch Stoff-, Material- und Gerätekosten sowie Gemeinkosten der Baustelle erspart<sup>277</sup>. Doch diese Kostenarten fallen bei Architekten und Ingenieuren, insbesondere bei der Bauüberwachung, überwiegend nicht an.

Die **Allgemeinen Geschäftskosten**, d. h. Kosten des Auftragnehmers, die keinem spezifischen Bauvorhaben zugeordnet werden können, wie Kosten der Geschäftsführung oder allgemeine Verwaltung<sup>278</sup>, werden in der Regel nicht erspart, da diese auf einen bestimmten Zeitraum zugeordnet und damit nicht revidierbar sind<sup>279</sup>. Es besteht allenfalls die Möglichkeit, diese durch anderweitigen Erwerb zu decken.

Der **Gewinn** wird vom Auftragnehmer nicht erspart, da es sich hierbei nicht um Kosten bzw. Aufwendungen handelt<sup>280</sup>. Vielmehr ist dies der Hauptanteil, der dem Auftragnehmer trotz des teilweisen Entfalls der Leistung verbleiben soll. Auch **kalkuliertes Wagnis** wird nicht erspart, da dies ebenfalls keine Kosten im baubetrieblichen Sinne sind, sondern das allgemeine unter-

---

<sup>273</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 Rdnr. 64; Kleineke, in: BeckOK VOB/B, § 8 Nr. 1 Rdnr. 37; Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 Rdnr. 43.

<sup>274</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82.

<sup>275</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82; Kleineke, in: BeckOK VOB/B, § 8 Nr. 1 Rdnr. 37; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 9. Teil Rdnr. 30; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 Rdnr. 64.

<sup>276</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 Rdnr. 64; Beigel, BauR 1997, 783, 783; Vygen/Jousen/Schubert/Lang, Bauvertragsrecht Rdnr. 2846.

<sup>277</sup> Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rdnr. 47; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 36 ff.; Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 109; Teichmann, in: Soergel, § 649 Rdnr. 18.

<sup>278</sup> Kattenbusch, in: Messerschmidt/Voit, Abschnitt U Rdnr. 15.

<sup>279</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NJW 2000, 653, 654; Urteil des BGH vom 30.9.1999 – VII ZR 206/98, NJW 2000, 205, 206; Urteil des BGH vom 14.01.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999 1253; 1255; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1373; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 9. Teil Rdnr. 29; Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, § 8 Rdnr. 8; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 38; Schmitz, in: Kniffka IBR-OK, § 649 Rdnr. 111.

<sup>280</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1368; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 68; Schmitz, in: IBR-OK, § 649 Rdnr. 115.

nehmerische Risiko betreffen<sup>281</sup>. Entfallen Teile der Leistungen, hat sich das Wagnis durch die grundlose (Teil-)Kündigung des Auftraggebers verwirklicht, was sich auch in der Erhöhung der Kosten für die schwierige Abrechnung und Durchsetzung des Honoraranspruchs zeigt<sup>282</sup>.

### 3.3 *Abzug des anderweitigen (pflichtwidrig nicht erlangten) Erwerbs*

Zudem ist von dem Honoraranspruch für die entfallenen Leistungen der Vermögenszuwachs aus anderweitigem Erwerb abzuziehen. Bei Leistungsänderungen betrifft dies vor allem das Honorar für die Grundleistungen (Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen) die infolge der Leistungsänderung an die Stelle der Leistungskürzung getreten sind. Festzustellen ist daher, inwieweit die **Änderungs-, Wiederholungs- und Zusatzleistungen den Umfang der entfallenen Grundleistungen ersetzt haben**.

Voraussetzung ist jedoch, dass zwischen der Leistungskürzung und dem anderweitigen Erwerb ein **kausaler Zusammenhang** in der Weise besteht, dass der Auftragnehmer durch die Leistungskürzung in die Lage versetzt wurde, den anderweitigen Erwerb zu tätigen<sup>283</sup>. Nicht erfasst wird die anderweitige Auslastung der Kapazität des Auftragnehmers<sup>284</sup>. Ausreichend ist daher nicht, dass die Tätigkeit zu derselben Zeit und mit denselben Kräften ausgeübt wird, da Auftragnehmer durchaus in der Lage sind, mehrere Aufträge gleichzeitig zu erledigen und der anderweitige Auftrag auch nur vorgezogen sein könnte<sup>285</sup>.

Sofern der Auftragnehmer **die Annahme eines Füllauftrages anstelle der entfallenen Leistungen böswillig unterlässt**, sind ihm außerdem die hieraus erwirtschafteten Erträge, die seine nicht ersparten Kosten vermindert oder gar gedeckt hätten in Abzug zu bringen. Dies ist eine Ausprägung der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB<sup>286</sup>. Böswilligkeit bedeutet, dass der

---

<sup>281</sup> Urteil des OLG München vom 26.02.2013 – 9 U 2340/11, NZBau 2013, 495, 500; Dornbusch/Plum, Jahrbuch BauR 2000, 160, 169 f.; Drittlar, IBR 2006, 1; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 70; Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 116; Schubert/Reister, Jahrbuch BauR 1999, 253, 261 f.; a. A. Urteil des BGH vom 30.10.1997 – VII ZR 222/96, NJW-RR 1998, 451; Kapellmann/Schiffers 2. Auflage, Band 2, Rdnr. 1357 korrigiert in 5. Aufl. Rdnr. 1372.

<sup>282</sup> Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 70; Vygen/Jousen, Bauvertragsrecht Rdnr. 2845.

<sup>283</sup> Urteil des BGH vom 30.09.1999 – VII ZR 206/98, NJW 2000, 205; Urteil des OLG Frankfurt vom 11.03.1986 – 5 U 35/83, NJW-RR 1987, 979, 980; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1384; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 40.

<sup>284</sup> Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rdnr. 48.

<sup>285</sup> Urteil des BGH vom 30.09.1999 – VII ZR 206/98, NJW 2000, 205; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 40.

<sup>286</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 41.



Auftragnehmer eine nachgewiesene Ersatzmöglichkeit unter zumutbaren Konditionen treuwidrig und vorsätzlich nicht wahrnimmt<sup>287</sup>. Eine Schädigungsabsicht muss nicht vorliegen<sup>288</sup>.

### 3.4 *Darlegungs- und Beweislast*

Der Einwand der Ersparnis und des anderweitigen Erwerbs ist kein Gegenrecht des Auftraggebers, welches nur im Wege der Einrede zu berücksichtigen wäre. Sondern der Honoraranspruch entsteht von vornherein nur als Differenz zwischen dem vereinbarten Honorar einerseits und ersparten Aufwendungen sowie dem sonstigen Erwerb andererseits<sup>289</sup>. Daher muss der Auftragnehmer zur schlüssigen Anspruchsbegründung das Honorar für die Leistungskürzung abzüglich der ersparten Aufwendungen sowie den sonstigen Erwerb vortragen<sup>290</sup>. 366

Der **Auftragnehmer trägt die sog. Erst-Darlegungslast** für die ersparten Aufwendungen sowie dafür, ob und in welchem Umfang anderweitiger Erwerb vorlag, da der Auftraggeber hierzu grundsätzlich nicht in der Lage ist<sup>291</sup>. Der Auftragnehmer hat die ersparten Aufwendungen auf der Grundlage der Auftragskalkulation und der sich daraus ergebenden kalkulierten Soll-Kosten bzw. anhand der tatsächlich angefallenen Ist-Kosten darzulegen<sup>292</sup>. Im Übrigen ist ihm der Vortrag möglich, dass weitere Aufwendungen nicht erspart sind<sup>293</sup>. Im Falle eines anderweitigen Erwerbs muss der Auftragnehmer vortragen, ob er Aufträge für den relevanten Zeitraum erhalten hat und ob diese neben dem gekündigten Auftrag ausgeführt hätten werden können oder nicht<sup>294</sup>. Dabei ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet, von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offen zu legen<sup>295</sup>. Ein Füllauftrag kann in der Regel nur festgestellt werden, wenn ein Unternehmen vollumfänglich oder zumindest im Grenzbereich von 100 % ausgelastet ist, sodass es den 367

---

<sup>287</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1387; Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rdnr. 50; Peter, in: Staudinger, § 649 Rdnr. 41.

<sup>288</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 41.

<sup>289</sup> Urteil des BGH vom 23.10.1980 – VII ZR 324/79, BauR 1981, 198, 199; Urteil des RG vom 27.09.1910, RGZ 74, 197, 199 f.; Franz, in: Leinemann, § 8 Rdnr. 58.

<sup>290</sup> Urteil des BGH vom 14.01.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999, 1253, 1254; Urteil des OLG Brandenburg vom 01.07.2009 – 4 U 168/08, IBR 2009, 571; Franz, in: Leinemann § 8 Rdnr. 58.

<sup>291</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NJW 2000, 653; Urteil des BGH vom 11.02.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867, 1868; Urteil des BGH vom 06.03.1997 – VII ZR 47/96, BauR 1997, 643 f.; Urteil des BGH vom 07.11.1996 – VII ZR 82/95, NJW 1997, 733, 734; Urteil des BGH vom 21.12.1995 – VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282; a. A. Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 Rdnr. 49 wonach der Auftraggeber die volle Darlegungs- und Beweislast hat.

<sup>292</sup> Urteil des BGH vom 04.05.2000 – VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988, 2990; Urteil des BGH vom 11.02.1999 – VII ZR 91/98, NJW 1999, 2036; Urteil des BGH vom 14.01.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999, 1253, 1254; Urteil des BGH vom 04.07.1996 – VII ZR 227/93, NJW 1996, 3270, 3271 f.

<sup>293</sup> Kniffka, in: Jahrbuch Baurecht 2000, 1, 11; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 649 Rdnr. 50.

<sup>294</sup> Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rdnr. 60.

<sup>295</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NJW 2000, 653; Jansen, BauR 2011, 371, 378; Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 98.

weiteren Auftrag ohne die Kündigung nicht hätte annehmen können<sup>296</sup>. Ihm ist auch möglich zu behaupten, dass er überhaupt keinen neuen Auftrag für den relevanten Zeitraum hereingenommen hat.

368 Genügt der Auftragnehmer seiner Erst-Darlegungslast, ist der **Auftraggeber für höhere ersparte Aufwendungen sowie einen anderweitigen Erwerb darlegungs- und beweisbelastet**<sup>297</sup>. Er muss substantiiert darlegen, weshalb andere Aufwendungen erspart wurden und wann welche Aufträge im fraglichen Zeitraum vom Auftragnehmer hereingenommen worden sind<sup>298</sup>. Er hat hierzu entsprechenden Beweis anzubieten.

### 3.5 *Pauschalierung des Anspruchs für die entfallenen Leistungen nach § 649 Satz 3 BGB*

369 Dem Auftragnehmer bleibt es nach § 649 Satz 3 BGB unbenommen, die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen in der Weise zu pauschalieren, dass ihm 5 % der auf den nicht erbrachten Leistungsteil entfallenen und hierfür vereinbarten Vergütung zusteht, ohne eine weitergehende Detailabrechnung des Vertrags geltend zu machen<sup>299</sup>. Hierbei handelt es sich um eine widerlegliche Vermutungsregelung<sup>300</sup>. Dem Auftraggeber bleibt es daher überlassen, den Nachweis einer höheren Ersparnis zu führen<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> Urteil des OLG Hamm vom 20.11.2003 – 24 U 195/01, BauR 2006, 1310, 1313; Kleineke, in: BeckOK VOB/B, § 8 Nr. 1 Rdnr. 52.

<sup>297</sup> Urteil des BGH vom 21.12.2000 – VII ZR 467/99, NJW-RR 2001, 385 f.; Urteil des BGH vom 08.07.1999 – VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261, 3262 f.; Urteil des BGH vom 11.02.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867; Urteil des BGH vom 21.12.1995 – VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 58; Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 96.

<sup>298</sup> Urteil des OLG Frankfurt vom 11.03.1986 – 5 U 35/83, BauR 1988, 599, 605.

<sup>299</sup> Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 VOB/B Rdnr. 81; Vogel, BauR 2011, 313, 324.

<sup>300</sup> Schmitz, in: Kniffka, IBR-OK, § 649 Rdnr. 87.

<sup>301</sup> BT-Drucks. 16/511 S. 18; Jousen/Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 81.

*Folgende Umstände sind im Zusammenhang mit Leistungsverkürzungen zu dokumentieren:*

**Vertragsschluss**

- *Zeitpunkt, in dem sich die Parteien einig waren, dass der Auftragnehmer Architekten- bzw. Ingenieurleistungen erbringen soll*
- *Schriftlicher Architektenvertrag mit sämtlichen Anlagen oder bei mündlicher Beauftragung die getroffenen Absprachen*

**Leistungsverkürzung**

- *Gespräche und Schriftverkehr über eine negativen Abweichung des Leistungsziels bzw. –umfangs von der ursprünglichen mündlichen bzw. schriftlichen Vereinbarung*
- *Durch die Leistungsverkürzung eingetretene Abweichung der anrechenbaren Kosten und/oder Honorarzone sowie den Entfall von ursprünglich beauftragten Grundleistungen*
- *Differenz zwischen dem Honorar ohne Leistungsverkürzung und mit Leistungsverkürzung*
- *Durch die Leistungsverkürzung ersparte Aufwendungen*
- *Durch die Leistungsverkürzung ersatzweise Erlangte Aufträge*

**G. Rechte und Sicherungsansprüche des Auftragnehmers bei Mehrleistungen**

Neben finanziellen Ansprüchen können dem Auftragnehmer auch Rechte zustehen, um seine Ansprüche zu sichern, keine weiteren finanziellen Dispositionen vornehmen zu müssen oder sich vom Vertrag zu lösen. In Betracht kommt ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sich der Auftraggeber weigert, trotz Einigung über die Erbringung von Mehrleistungen einer Honoraranpassung bzw. weiteren Honoraransprüchen zuzustimmen (*Abschnitt I*). Auch kann der Auftragnehmer hieraus berechtigt sein, den Vertrag zu kündigen (*Abschnitt II*) oder Sicherheitsleistung zu verlangen (*Abschnitt III*). 371

**I. Leistungsverweigerungsrecht bei Mehrleistungen**

In der Praxis tritt häufig der Fall auf, dass sich die Vertragsparteien über Mehrleistungen einigen oder der Auftraggeber ein Anordnungsrecht besitzt und sich die Parteien anschließend nicht über 372

die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage bzw. die Höhe des Honorars für die Wiederholungs- oder Zusatzleistungen einigen. Dies kann darauf beruhen, dass der Auftraggeber die Mehrleistungen von der Grundvergütung abgedeckt sieht, diese als Mängelbeseitigung einordnet oder die Honoraranpassung bzw. -höhe des Auftragnehmers als überzogen zurückweist. Ein Abwarten bis zur Klärung im Rahmen eines Gerichtsprozesses bedeutet für den Auftragnehmer, dass er die **Mehrleistungen vorfinanzieren** muss, was bei Gerichtsverfahren mitunter Jahre dauern und ihn bei großen Bauvorhaben an seine finanziellen Grenzen bringen kann. Zudem trägt er bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens weiterhin das **Insolvenzrisiko des Auftraggebers**.

373 Um sich hiervor zu schützen, kann der Auftragnehmer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Leistung verweigern, bis der Auftraggeber einer Honoraranpassung bzw. einer Vereinbarung über die Höhe der weiteren Honoraransprüche zustimmt. **Liegen hingegen die Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechtes nicht vor und verweigert der Auftragnehmer die Leistung, läuft er Gefahr, dass der Auftraggeber hierdurch berechtigt das Vertragsverhältnis kündigt.** Dann stünde dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch analog § 413 BGB über die notwendigen Mehrkosten zur Fertigstellung der Leistungen nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu.

374 Hierdurch wird das hohe Risiko der Berufung des Auftragnehmers auf ein Leistungsverweigerungsrecht deutlich. Eine Leistungsverweigerung sollte daher nur als „ultima ratio“ und nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten in Betracht kommen<sup>302</sup>. Vor allem ist dies bei öffentlichen Auftraggebern zu bedenken, da bei diesen ein Insolvenzrisiko regelmäßig ausgeschlossen werden kann. Ein milderer Mittel kann auch sein, dass der Auftragnehmer bereits die Vereinbarung über die Mehrleistungen von einer Einigung über die Honorarhöhe abhängig macht.

#### *1. Kein Leistungsverweigerungsrecht nach HOAI*

375 Da es sich bei der HOAI um reines Preisrecht handelt, gewährt diese keine Zurückbehaltungsrechte. Hierfür ist vielmehr auf das allgemeine Zivilrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zurückzugreifen.

---

<sup>302</sup> Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1375.

## 2. *Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB*

Der Auftragnehmer hat ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn er dem Auftraggeber eine prüfbare Abrechnung über die Honorierung der Mehrleistungen vorlegt, diesen zur Zustimmung auffordert und der Auftraggeber diese bestimmt und endgültig ablehnt. Zudem darf die streitige Mehrhonorarforderung nicht unterhalb einer Geringfügigkeitsschwelle liegen. 376

### 2.1 *Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts*

Nach § 320 Abs. 1 BGB kann der Schuldner eines gegenseitigen Vertrags die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Dabei darf nach § 320 Abs. 2 BGB die noch ausstehende Forderung bei einer Teilzahlung nicht unverhältnismäßig sein. 377

#### 2.1.1 *Gegenseitiger Vertrag*

Der Werkvertrag nach § 631 BGB ist ein gegenseitiger Vertrag, da die Leistungspflichten synallagmatische Hauptpflichten des Vertrags bilden<sup>303</sup>. Die Hauptleistungspflichten des Werkvertrags sind die Erbringung der Werkleistung und die Zahlung des Werklohns nach § 631 Abs. 1 BGB. Diese stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, da die eine Leistungspflicht um des Willens der anderen eingegangen wird. Denn der Auftraggeber verpflichtet sich zur Zahlung des Werklohns nur deshalb, weil der Auftragnehmer sich zur Erbringung der Werkleistung verpflichtet und umgekehrt. 378

#### 2.1.2 *Gegenseitige Leistungspflichten*

Das Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB setzt zudem voraus, dass der Auftragnehmer eine Leistungspflicht verweigert, um den Auftraggeber zur Erbringung einer Gegenleistungspflicht anzuhalten. Zusätzlich zum Vorliegen eines gegenseitigen Vertrags müssen daher auch gegenseitige Leistungspflichten vorliegen. In dem hier besprochenen Zusammenhang verweigert der Auftragnehmer die Erbringung der Werkleistung, die eine Hauptleistungspflicht nach § 631 Abs. 1 BGB darstellt, um eine Zustimmung zur Vereinbarung einer Honoraranpassung oder der Höhe des Honorars für Wiederholungs- und Zusatzleistungen erlangen. Diese Zustimmung müsste daher eine Leistungspflicht sein. Sowohl für Leistungsänderungen nach § 10 Abs. 1 HOAI (hierzu ausführlich *Rdnr. 232 ff.*), als auch für isolierte Wiederholungsleistungen nach § 10 Abs. 2 HOAI (hierzu ausführlich *Rdnr. 318 ff.*) besteht ein Anspruch auf Vereinbarung. Auch wenn 379

---

<sup>303</sup> Otto/Schwarze, in: Staudinger, § 320 Rdnr. 10.

diese für isolierte Zusatzleistungen nicht geregelt ist, folgt dies zumindest daraus, dass die Zustimmung zur Honorarhöhe ein „Minus“ gegenüber der Honorarzahlung ist, die nach § 631 Abs. 1 BGB eine Hauptleistungspflicht darstellt (Argumentum a maiore ad Minus).

### 2.1.3 *Wirksame, fällige und durchsetzbare Gegenforderung*

380 Die Forderung auf die der Auftragnehmer sein Leistungsverweigerungsrecht stützt, muss wirksam und fällig sein<sup>304</sup>. Hierzu müssen sämtliche Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage erfüllt sein. Dies ist der Fall, wenn der Auftragnehmer gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 311 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 10 Abs. 1 HOAI (hierzu ausführlich *Rdnr. 171 ff.*) bzw. auf Vereinbarung eines Werklohns über Wiederholungsleistungen nach § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 10 Abs. 2 HOAI (hierzu ausführlich *Rdnr. 311 ff.*) hat. Zudem muss die Forderung durchsetzbar sein, d. h., dass dem Anspruch des Auftragnehmers keine berechtigten Gegenforderungen und Einbehalte des Auftraggebers in Höhe des Nachtrags honorars vorliegen dürfen<sup>305</sup>. Steht also dem Auftraggeber selbst ein Leistungsverweigerungsrecht zu, ist das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers gesperrt.

### 2.1.4 *Eigene Vertragstreue*

381 Weiterhin muss der Auftragnehmer als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB selbst vertragstreu sein<sup>306</sup>. Daran fehlt es, wenn er es schlechthin ablehnt, die eigene Leistung zu erbringen bzw. die Gegenleistung anzunehmen<sup>307</sup>. Der Auftragnehmer sollte daher deutlich machen, dass er die Erbringung der Werkleistung nicht generell, sondern ausschließlich im Hinblick auf die Anerkennung oder die Vereinbarung der Honoraranpassung bzw. -höhe verweigert und daher weiterhin bereit ist, seiner Leistungspflicht nachzukommen.

### 2.1.5 *Nichtbewirken der Gegenleistung*

382 Dem Auftragnehmer steht das Leistungsverweigerungsrecht nur zu, wenn der Auftraggeber die ihm obliegende Gegenleistung nicht erbracht hat. Fraglich ist, ob hierzu ausreicht, dass der Auftraggeber die Honorarierung der Mehrleistungen dem Grunde nach akzeptiert oder ob er zudem seine Zustimmung zur konkreten Honoraranpassung bzw. -höhe erklären muss.

---

<sup>304</sup> Grothe, in: BeckOK BGB, § 320 Rdnr. 11.

<sup>305</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 986; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1374; Schoffs, in: Leinemann, § 2 Rdnr. 206.

<sup>306</sup> Urteil des BGH vom 04.07.2002 – I ZR 313/99, NJW 2002, 3541, 3542; Grothe, in: BeckOK BGB, § 320 Rdnr. 12.

<sup>307</sup> Urteil des BGH vom 25.01.1982 – VIII ZR 310/80, NJW 1982, 874, 875; Urteil des BGH vom 16.05.1968 – VII ZR 40/66, NJW 1968, 1873; Grothe, in: BeckOK BGB, § 320 Rdnr. 12.

Hierzu kann eine Parallele zur Anwendung des § 2 Abs. 5 VOB/B gezogen werden. Da § 10 HOAI im Rahmen der 7. HOAI-Novelle neu normiert wurde, kann weder auf Rechtsprechung, noch umfangreiche Literatur zurückgegriffen werden. Auch zur Vorgängerregelung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 und § 10 Abs. 1 HOAI 2009 ist die Tiefe der Kommentierungen äußerst begrenzt. Da zu denselben Fragestellungen im Bauvertragsrecht zu § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B umfangreiche Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur bestehen, werden diese herangezogen und kritisch im Hinblick auf eine Anwendung im Architektenrecht überprüft.

## § 2 VOB/B

### Vergütung

(5) Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten **zu vereinbaren**. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

Teilweise wird vertreten, dass der Auftraggeber auch der konkreten Honoraranpassung bzw. -höhe zustimmen müsse<sup>308</sup>. Denn die Norm nehme keine Wortlauteinschränkung dahingehend vor, dass eine Einigung nur zum Grund des Vergütungsanspruchs zu treffen sei<sup>309</sup>.

Dem entgegen begründen sowohl § 2 Abs. 5 VOB/B, als auch § 10 Abs. 1 und 2 HOAI Ansprüche des Auftragnehmers auf Vereinbarung einer Honoraranpassung bzw. Honorarhöhe. Die Parteien haben hierbei keinen Verhandlungsspielraum, sondern haben das Honorar gemäß § 10 Abs. 1 HOAI anhand der Honorarberechnungsparameter (hierzu ausführlich *Rdnr. 244 ff.*) bzw. nach § 10 Abs. 2 HOAI anhand des Anteils der zu wiederholenden Grundleistungen (hierzu ausführlich *Rdnr. 320 ff.*) zu berechnen. Auch bei Anwendung des § 2 Abs. 5 VOB/B steht die Kalkulation des Nachtragshonorars bei Vereinbarung der Mehrleistungen fest. Die Honoraranpassung bzw. -höhe kann somit unabhängig von einer Mitwirkung der Parteien berechnet werden. Eine weitergehende Wortlauteinschränkung ist nicht notwendig, da dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der jeweiligen Norm ein Anspruch des Auftragnehmers auf Vereinbarung der Honoraranpassung bzw. -höhe zu entnehmen ist. Demzufolge reicht es nicht aus, dass der Auftraggeber

<sup>308</sup> Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rdnr. 205; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 976.

<sup>309</sup> Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rdnr. 205; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 976.

schlicht seine Verhandlungsbereitschaft erklärt und im Übrigen die Zustimmung der Höhe nach verweigert. Er ist verpflichtet einer Honoraranpassung bzw. –höhe zuzustimmen, die sich aus einer prüfbaren Abrechnung des Auftragnehmers ergibt und den Berechnungsgrundsätzen des § 10 Abs. 1 und 2 HOAI entspricht.

#### 2.1.6 *Vorleistungspflicht des Schuldners*

386 Nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Auftragnehmer kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, wenn ihm eine Vorleistungspflicht obliegt („es sei denn“). Da nach § 15 Abs. 1 HOAI das Honorar erst fällig ist, wenn die Leistung abgenommen wurde, wird hierdurch eine Vorleistungspflicht des Auftragnehmers begründet<sup>310</sup>.

387 Diese Vorleistungspflicht ist jedoch nicht absolut. In Betracht kommt, dass § 10 HOAI dem Anspruch auf Zustimmung zur Honoraranpassung bzw. –höhe den Vorrang einräumt (*Abschnitt 2.1.6.1*). Auch kann die Vorleistungspflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben entfallen (*Abschnitt 2.1.6.2*).

##### 2.1.6.1 *Vorrang der Honorarvereinbarung nach § 10 HOAI*

388 Fraglich ist, ob § 10 Abs. 1 und 2 HOAI der Honorarvereinbarung Vorrang vor der Vorleistungspflicht einräumt. Entgegen der gesetzlich geregelten Vorleistungspflicht des Auftragnehmers nach § 15 Abs. 1 HOAI, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung, wonach die Vereinbarung über die Honoraranpassung bzw. –höhe der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers vorgeht. § 10 Abs. 1 HOAI gewährt dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage und § 10 Abs. 2 HOAI auf Vereinbarung eines Wiederholungshonorars. § 10 HOAI beinhaltet insofern weder eine ausdrückliche Vorrangregelung, noch ist dem Sinn und Zweck der Norm zu entnehmen, dass die Vereinbarung zu irgendeinem Zeitpunkt, insbesondere vor der Erbringung der Werkleistung, getroffen werden muss. Der Auftragnehmer ist daher auch unter Heranziehung des § 10 HOAI zur Vorleistung verpflichtet.

---

<sup>310</sup> Urteil des BGH vom 13.12.2001 – VII ZR 27/00, NJW 2002, 1262 f.; Urteil des BGH vom 25.01.1996 – VII ZR 26/95, NJW 1996, 1280, 1281; Urteil des BGH vom 28.04.1992, NJW-RR 1992, 1078 ff.; Busche, in: Münchener Kommentar, § 641 Rdnr. 6; Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 320 Rdnr. 18; Gsell, in: Soergel, § 320 Rdnr. 35.



### 2.1.6.2 *Verstoß gegen Treu und Glauben bei bestimmter und endgültiger Verweigerung*

Die Vorleistungspflicht kann jedoch entfallen, wenn der Auftraggeber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB verstößt<sup>311</sup>. Denn auch das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB beruht auf diesem Grundgedanken<sup>312</sup>, da dieses eine Sicherungsfunktion enthält, die gewährleisten soll, dass der Schuldner zur Erbringung seiner Leistung nicht ohne Erhalt der Gegenleistung gezwungen werden kann<sup>313</sup>. 389

Da der Gesetzgeber grundsätzlich von einer Vorleistungspflicht des Auftragnehmers ausgegangen ist und der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB eine Korrekturfunktion zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse aufweist, sind an den Entfall der Vorleistungspflicht besonders hohe Voraussetzungen zu stellen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist dem Auftragnehmer die Vorleistung nur dann nicht zuzumuten, wenn der Auftragnehmer die Honoraranpassung bzw. –höhe nach den Berechnungsmaßstäben des § 10 HOAI prüffähig darlegt (Abschnitt 2.1.6.2.1), der Auftraggeber die Vereinbarung über die Honoraranpassung bzw. –höhe bestimmt und endgültig ablehnt (Abschnitt 2.1.6.2.2) und eine Erheblichkeitsgrenze überschritten ist (Abschnitt 2.1.6.2.3). Denn in diesem Fall wäre absehbar, dass sich der Auftraggeber auch nach Vorleistung durch den Auftragnehmer hinsichtlich einer Vereinbarung der Honoraranpassung bzw. –höhe weigert, so dass die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers dem Leistungsverweigerungsrecht nicht entgegenstehen würde. 390

#### 2.1.6.2.1 *Ordnungsgemäße Darlegung der Vertragsanpassung*

Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber eine prüfbare Abrechnung der Honoraranpassung bzw. –höhe nach den Berechnungsmaßstäben des § 10 Abs. 1 HOAI bzw. § 10 Abs. 2 HOAI vorlegen<sup>314</sup>. Ohne eine entsprechende Aufstellung handelt der Auftraggeber nicht treuwidrig, da er sich billigerweise nicht auf eine Vereinbarung mit nicht prüffähigem Inhalt einlassen muss. 391

---

<sup>311</sup> Urteil des OLG Jena vom 22.03.2005 – 8 U 318/04, NZBau 2005, 341, 348; Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 320 Rdnr. 20; Kuffer, ZfBR 2004, 110, 116.

<sup>312</sup> Gsell, in: Soergel, § 320 Rdnr. 85.

<sup>313</sup> Urteil des RG vom 17.06.1930 – II 528/29, RGZ 129, 228, 230; Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 320 Rdnr. 1.

<sup>314</sup> Urteil des OLG Hamm vom 22.12.2011 – 21 U 111/10, Abschnitt II 2. c) aa) (2); Urteil des OLG Frankfurt vom 21.09.2011 – 1 U 154/10, IBR 2011, 690; Urteil des OLG Jena vom 22.03.2005 – 8 U 318/04, NZBau 2005, 341, 347; Urteil des OLG Dresden vom 21.11.1997 – 7 U 1905-97, NJW-RR 1998, 672; Kandel, in: BeckOK VOB § 2 Nr. 5 VOB/B Rdnr. 89; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 986; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rdnr. 206; Kimmich, BauR 2009, 1494, 1502; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1373; Leinemann, NJW 1998, 3672, 3675; Schoofs, in: Leinemann, § 2 Rdnr. 152.

392 Die Abrechnung von Mehrleistungen ist **prüffähig**, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Rechnung zu prüfen und die Richtigkeit der einzelnen Ansätze zu beurteilen<sup>315</sup>. Entscheidend ist somit die Sachkunde des Auftraggebers und damit seine Möglichkeiten, das verlangte Honorar sachlich und rechnerisch zu hinterfragen. Notwendig sind hierzu in der Regel die Angaben der Honorarberechnungsgrundlagen nach § 6 Abs. 1 HOAI. Dies betrifft insbesondere die Ermittlung der anrechenbaren Kosten des Objekts (bei Leistungsänderungen auch des geänderten Objekts) nach der einschlägigen DIN 276, die Berechnung der Honorarzone(n), der nach dem anwendbaren Honorarsatz berechnete Tafelwert sowie der Umfang der Leistungen und deren Bewertung<sup>316</sup>. Nur hierdurch wird der Auftraggeber in die Lage versetzt, die Honoraranpassung bzw. -höhe nachzuvollziehen.

#### 2.1.6.2.2 *Vorliegen einer bestimmten und endgültigen Verweigerung*

393 Zudem muss das Verhalten des Auftraggebers eine bestimmte und endgültige Verweigerung der Gegenleistung zum Ausdruck bringen<sup>317</sup>. Wann dieses vorliegt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls<sup>318</sup>. **In jedem Fall muss der Auftraggeber abschließend erklären, dass er nicht gewillt ist eine Vereinbarung über die Honoraranpassung bzw. -höhe treffen zu wollen.** Doch dies wird der Auftraggeber in den seltensten Fällen erklären<sup>319</sup> bzw. ist dies regelmäßig schwer zu beweisen<sup>320</sup>. Denn in den meisten Fällen gibt der Auftraggeber entweder keine Stellungnahme ab, weist die Honorarforderung mit der Begründung zurück, die darin aufgeführten Leistungen würden bereits unter Positionen des Leistungsverzeichnisses fallen<sup>321</sup> oder die Nach-

---

<sup>315</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2003 – VII ZR 288/02, NZBau 2004, 216, 217.

<sup>316</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2003 – VII ZR 288/02, NZBau 2004, 216, 217.

<sup>317</sup> Urteil des BGH vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106, 2110; Urteil des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 271/01, NJW-RR 2004, 1539, 1540; Urteil des BGH vom 08.05.1987 – V ZR 6/86, NJW 1987, 1158, 1159; Urteil des BGH vom 08.07.1983 – V ZR 53/83, NJW 1983, 2437, 2438; Urteil des BGH vom 16.05.1968 – VII ZR 40/66, NJW 1986, 1873; Urteil des OLG Hamm vom 22.12.2011 – 21 U 111/10, IBR 2012, 321; Urteil des OLG Frankfurt vom 21.09.2011 – 1 U 154/10, IBR 2011, 690; Urteil des OLG Brandenburg vom 19.10.2005 – 4 U 151/04, BauR 2006, 529, 530; Urteil des OLG Jena vom 22.03.2005 – 8 U 318/04, NZBau 2005, 341, 347 ff.; Urteil des OLG Brandenburg vom 09.02.2005 – 4 U 128/04, IBR 2005, 302; Urteil des OLG Celle vom 25.10.2001 – 14 U 74/00, BauR 2003, 890; Urteil des OLG Düsseldorf vom 14.09.2001 – 22 U 37/01, NJW-RR 2002, 165; Urteil des OLG Dresden vom 21.11.1997 – 7 U 1905/07, NJW-RR 1998, 672; Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.04.1995 – 21 U 192/94, NJW 1995, 3323; Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 320 Rdnr. 20; Grüneberg, in: Palandt, § 320 Rdnr. 18; Vygen, BauR 2005, 431, 432; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1372; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 92; Otto, in: Staudinger, § 320 Rdnr. 11; Kuffer, ZfBR 2004, 110, 116; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 529.

<sup>318</sup> Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1372.

<sup>319</sup> Knacke, Anmerkung zu Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.04.1995 – 21 U 192/94, BauR 1996, 119, 120; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 530 zu § 2 Abs. 5 VOB/B.

<sup>320</sup> Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1373 f.

<sup>321</sup> Knacke, Anmerkung zu Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.04.1995 – 21 U 192/94, BauR 1996, 119, 120.

tragsangebote bleiben über Wochen, Monate und zum Teil Jahre unbeantwortet<sup>322</sup>. Daher ist mit Fristsetzungen zu arbeiten, um hinreichende Sicherheit über die Bereitschaft des Auftraggebers zur Beauftragung zu erhalten<sup>323</sup>.

Eine bestimmte und endgültige Verweigerung wurde in folgenden Fällen angenommen:

394

- Der Auftraggeber verweigert hartnäckig und nachhaltig die Anpassung der Vergütung<sup>324</sup>.
- Der Auftraggeber lehnt gegenüber dem Auftragnehmer jegliche Verhandlungen ab und spricht eine Kündigungsandrohung aus<sup>325</sup>.
- Der Auftraggeber vertritt durchweg den Standpunkt, der Auftragnehmer habe ohne jede weitere Vergütung die geänderte Werkleistung zu erbringen<sup>326</sup>.
- Der Auftraggeber weicht dem berechtigten Verlangen des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung ganz eindeutig grundlos und wiederholt aus oder führt zweifelsfrei sachfremde Erwägungen an, um der rechtlichen Vereinbarung zu entgehen<sup>327</sup>.
- Der Auftraggeber erkennt – womöglich als Vorwand – seine Honorarzahlungspflicht dem Grunde nach an, das Gesamtbild seines Verhaltens ist jedoch dahingehend zu verstehen, dass er nicht bereit ist, die Gegenleistung zu erbringen<sup>328</sup>.

Die Voraussetzungen einer bestimmten und endgültigen Verweigerung liegen hingegen nicht vor, wenn sich die Vertragsparteien in ernsthaften Verhandlungen befinden. Sofern der Auftraggeber Fragen hat, Erklärungen oder Nachweise erbittet, verweigert er nicht die Einigung über die Honorarhöhe<sup>329</sup>. Die Verweigerung ist außerdem nicht endgültig, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Verhandlungen sein Unverständnis für die Preisbildung bekundet<sup>330</sup>. Diese Reaktion bringt keine generell ablehnende Haltung zum Ausdruck und kann außerdem eine Verhandlungstaktik darstellen. Aus diesem Grund begründet auch ein Streit über die Honoraranpassung oder – höhe keine Unzumutbarkeit der Vorleistung<sup>331</sup>. **Der Auftraggeber kann somit den Entfall der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers stets dadurch verhindern, dass den Honoraran-**

395

---

<sup>322</sup> So auch Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang Teil A Rdnr. 530 zu § 2 Abs. 5 VOB/B.

<sup>323</sup> Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1373 f.

<sup>324</sup> Urteil des OLG Dresden vom 21.11.1997 – 7 U 1905/97, NJW-RR 1998, 672.

<sup>325</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.04.1995 – 21 U 192/94, NJW 1995, 3323.

<sup>326</sup> Urteil des OLG Celle vom 25.10.2001 – 14 U 74/00, BauR 2003, 890, 892.

<sup>327</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 19.10.2005 – 4 U 151/04, BauR 2006, 529, 530.

<sup>328</sup> Urteil des OLG Celle vom 04.11.1998 – 14a (6) U 195/97, BauR 1999, 262; Kuffer, ZfBR 2004, 110, 111; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 157.

<sup>329</sup> Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rdnr. 206; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1373.

<sup>330</sup> Urteil des OLG Dresden vom 21.11.1997 – 7 U 1905-97, NJW-RR 1998, 672, 673.

<sup>331</sup> Im Ergebnis zu § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B Urteil des OLG Hamm vom 22.12.2011 – 21 U 111/10, Abschnitt II 2. c) aa) (2); Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 157.

**spruch für die Mehrleistungen nicht dem Grunde nach, sondern ausschließlich der Höhe nach bestreitet.**

#### *2.1.6.2.3 Erheblichkeitsgrenze und Schikaneverbot*

Teilweise wird vertreten, dass die Vorleistungspflicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nur entfallen könne, wenn zusätzlich eine Erheblichkeitsgrenze überschritten werde, d. h. das Honorar für die Mehrleistungen im Vergleich zum bisherigen vertraglichen Auftragsvolumen nicht geringfügig ist<sup>332</sup>. Dies folgt aus dem Rechtsgedanken des § 320 Abs. 2 BGB, wonach bei teilweiser Leistung ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der noch ausstehenden Leistung nur besteht, wenn diese nicht geringfügig ist<sup>333</sup>. Nach Teilen der Literatur überschreiten Mehrkosten von mehr als 5 % der Auftragssumme regelmäßig die Zumutbarkeitsgrenze<sup>334</sup>. Das OLG Zweibrücken sah im Einzelfall einen 25%igen Mehranteil als erheblich an<sup>335</sup> und das OLG Jena bewertete Mehrkosten in Höhe von 1,5 Mio. € im Verhältnis zu einem Auftragsvolumen von 128 Mio. € (Mehrkostenanteil von 1,17 %) als erheblich<sup>336</sup>.

396 Nach anderer Ansicht gelte im Rahmen des Grundsatzes von Treu und Glauben einzig ein Schikaneverbot<sup>337</sup>. Dies bestünde, wenn der Auftragnehmer eine minimale Mehrvergütungsforderung erpresserisch zur Leistungsverweigerung oder Kündigungsandrohung ausnutze<sup>338</sup>. Hiernach wird nicht auf das Verhältnis von Auftrags- und Nachtragssumme abgestellt, sondern alleinig auf die Höhe der Mehrvergütungsforderung. Denn eine Nachtragssumme von 4,5 Mio. € sei unabhängig von einem Gesamtauftragsvolumen von 100 Mio. € erheblich<sup>339</sup>.

397 Beide Ansichten sind zutreffend. Die Pflicht zur Vorleistung ist für den Auftragnehmer nur dann unzumutbar, wenn der Auftraggeber die Vereinbarung einer empfindlichen Honoraranpassung bzw. – höhe ernsthaft und endgültig verweigert. Dies ist nicht der Fall, wenn die Honoraranpassung bzw. -höhe wegen Mehrleistungen keine finanziell erhebliche Bedeutung hat. Dies kann entweder der Fall sein, wenn das Honorar für die Mehrleistungen im Vergleich zum Gesamtauftragsvolumen nicht ins Gewicht fällt oder aufgrund der Größe des Unternehmens auch unabhän-

---

<sup>332</sup> Urteil des BGH vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106, 2110; Urteil des OLG Jena vom 22.03.2005 – 8 U 318/04, NZBau 2005, 341, 348; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1374; Leinemann, NJW 1998, 3672, 3675; Schoffs, in: Leinemann, § 2 Rdnr. 152.

<sup>333</sup> Urteil des BGH vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106, 2110.

<sup>334</sup> Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368, 1374; Leinemann, NJW 1998, 3672, 3675.

<sup>335</sup> Urteil des OLG Zweibrücken vom 20.09.1994 – 8 U 214/93, BauR 1995, 251, 252.

<sup>336</sup> Urteil des OLG Jena vom 22.03.2005 – 8 U 318/04, NZBau 2005, 341, 348.

<sup>337</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 979.

<sup>338</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 985.

<sup>339</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 985.

gig hiervon die Forderung eine solch geringe Höhe hat, dass dem Auftragnehmer die Vorleistung zuzumuten ist. Bei Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bestehen keine schematischen Lösungswege. **Entscheidend ist, dass im Einzelfall eine Situation vorliegt, nach der die Vorleistung des Auftragnehmers unbillig wäre.**

#### 2.1.6.3 *Ablehnung des Leistungsverweigerungsrechts nach den Kooperationspflichten der Parteien*

Teilweise wird im Rahmen der Anwendung der VOB/B vertreten, dass ein Streit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über die sich aus § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B ergebende Vergütung grundsätzlich nicht zur Leistungsverweigerung berechtigt<sup>340</sup>. Begründet wird diese Einschränkung durch die Kooperationspflichten der Vertragsparteien, teilweise mit Bezug zu § 18 Abs. 5 VOB/B<sup>341</sup>, wonach Streitfälle den Auftragnehmer nicht zur Einstellung der Arbeiten berechtigen.

Fraglich ist, ob diese Ansicht im Rahmen des § 10 Abs. 1 und 2 HOAI entsprechend gilt. Unbeachtlich ist hierbei zunächst, dass es im Werkvertrag über Architekturleistungen keine dem § 18 Abs. 5 VOB/B entsprechende Regelung gibt, da die Parteien eines Architekten- und Ingenieurvertrags während der Vertragsdurchführung ebenfalls zur Kooperation verpflichtet sind<sup>342</sup>. Daher ist jede Partei bei Entstehen von Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise der Anpassung während der Vertragsdurchführung grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und einvernehmliche Lösung zu versuchen<sup>343</sup>.

Die Kooperationspflichten der Parteien gehen jedoch nicht so weit, dass sie ein unter den Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 BGB bestehendes Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers hindern<sup>344</sup>. **Kooperationspflichten der Parteien können nur im Rahmen der gesetzlichen Grenzen**, insbesondere der Vorschriften zum Werkvertragsrecht nach §§ 631 ff. BGB und den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge, so auch § 320 BGB, **gelten**. Diese legen den Handlungsrahmen der Parteien fest, sofern sie nicht eine andere vertragliche Regelung treffen. Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB kann daher nicht durch allgemeine

---

<sup>340</sup> Urteil des OLG Hamm vom 22.12.2011 – 21 U 111/10, IBR 2012, 321; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 157; Kuffer, ZfBR 2004, 110, 115; Vygen, BauR 2005, 431, 432.

<sup>341</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 19.10.2005 – 4 U 151/04, BauR 2006, 529; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Teil 5 Rdnr. 157.

<sup>342</sup> Urteil des OLG Koblenz vom 08.03.2007 – 5 U 877/06, NJOZ 2007, 1416, 1418 mit Verweis auf das Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130; Urteil des OLG Düsseldorf vom 19.12.2000 – 21 U 38/00, BauR 2001, 435, 437; Ohler, in: Messerschmidt/Voit, Abschnitt D Rdnr. 367.

<sup>343</sup> Urteil des OLG Koblenz vom 08.03.2007 – 5 U 877/06, NJOZ 2007, 1416, 1418 mit Verweis auf das Urteil des BGH vom 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130.

<sup>344</sup> Kuffer, ZfBR 2004, 110, 115.

werkvertragliche Kooperationspflichten ausgehöhlt werden, da diese stets eingreifen würden. Im Übrigen hat der Auftraggeber durch bestimmte und endgültige Verweigerung die Kooperation mit dem Auftragnehmer gerade verwehrt.

#### 2.1.7 *Geringfügigkeitsschwelle nach § 320 Abs. 2 BGB*

401 Hat der Auftraggeber der Honoraranpassung bzw. –höhe teilweise zugestimmt, muss der noch ausstehende Honoraranteil die Geringfügigkeitsschwelle nach § 320 Abs. 2 BGB übersteigen. Denn hiernach **kann der Auftragnehmer die Leistung nicht nach § 320 Abs. 1 BGB verweigern, wenn der übrige Betrag im Verhältnis zur erbrachten Leistung geringfügig ist**. Wann eine verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teils vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Höhe des verweigerten Teils ab<sup>345</sup>. Bei der Würdigung sind insbesondere die Interessen beider Seiten gegeneinander abzuwägen<sup>346</sup>. Da die Geringfügigkeitsschwelle des § 320 Abs. 2 BGB eine Ausnahme vom Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB ist, kann eine Geringfügigkeit nur bei einer Restforderung von 5 – 10 % im Vergleich zur Gesamtforderung des Mehrleistungshonorars angenommen werden.

#### 2.1.8 *Vertraglicher Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts*

402 Da die Norm des § 320 BGB dispositiv ist<sup>347</sup>, können die Parteien vertraglich das Zurückbehaltungsrecht des Auftragnehmers für den Fall ausschließen, dass Streit über die Honoraranpassung bzw. –höhe besteht<sup>348</sup>.

#### 2.2 *Rechtsfolge*

403 Liegen die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechtes vor, kann der Auftragnehmer nach Erklärung der Einrede (*Abschnitt 2.2.1*) die Bewirkung der Mehrleistungen (*Abschnitt 2.2.2*) verweigern, bis der Auftraggeber seine Zustimmung zur Mehrhonorarforderung erklärt.

#### 2.2.1 *Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts*

404 Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB ist ein Einrederecht, welches durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Auftraggeber ausgeübt wird<sup>349</sup>. Dem Auf-

---

<sup>345</sup> Urteil des OLG Zweibrücken vom 20.09.1994 – 8 U 214/93, BauR 1995, 251; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 157; Leinemann, NJW 1998, 3672, 3675; Virneburg, ZfBR 2004, 419, 420; a. A. Kapellmann/Schiffers, 4. Aufl., Band 1, Rdnr. 979.

<sup>346</sup> Otto, in: Staudinger, § 320 Rdnr. 38.

<sup>347</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 320 Rdnr. 3.

<sup>348</sup> Urteil des OLG Hamm vom 22.12.2011 – 21 U 111/10, Abschnitt II 2. c) aa) (1).

traggeber ist hiernach nicht möglich, die Leistung zu verlangen, bis das Leistungsverweigerungsrecht entfällt.

Daneben wird der Verzug des Auftragnehmers mit der Leistungserbringung bereits bei Vorliegen der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechtes ausgeschlossen, da die Erhebung der Einrede hierfür nicht notwendig ist (sog. Ipso-Iure-Wirkung)<sup>350</sup>. Daher kann der Auftraggeber etwaige Verzugsschäden auch vor Erhebung der Einrede nicht vom Auftragnehmer erstattet verlangen.

### 2.2.2 *Umfang der Leistungsverweigerung*

Das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers besteht **einzig im Hinblick auf die Erbringung der Mehrleistungen und nicht für die gesamte vereinbarte Werkleistung**<sup>351</sup>. Sind Leistungen des bisherigen Vertragsinhalts nicht betroffen und können unabhängig von den Mehrleistungen ausgeführt werden, ist eine gänzliche Leistungsverweigerung nicht von § 320 BGB umfasst<sup>352</sup>. Dies folgt daraus, dass die im Übrigen bestehenden Pflichten des Hauptvertrags von der Leistungsverweigerung nicht berührt werden<sup>353</sup>, da diesbezüglich das Honorar feststeht. Entweder haben die Vertragsparteien hierüber eine Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI getroffen oder die Mindestsätze der Honorartabelle sind nach § 7 Abs. 5 HOAI anwendbar. Der Anspruch auf Vereinbarung einer Honoraranpassung bzw. -höhe bezieht sich nur auf die Mehrleistungen nach § 10 HOAI.

Üblicherweise wird bei Leistungsänderungen jedoch keine Trennung der geänderten und übrigen Leistungen möglich sein, so dass der Auftragnehmer die gesamte Leistung verweigern kann<sup>354</sup>.

---

<sup>349</sup> Urteil des BGH vom 07.10.1998 – VIII ZR 100/97, NJW 1999, 53; Urteil des BGH vom 06.12.1991 – V ZR 229/90, NJW 1992, 556; Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 320 Rdnr. 35; Grüneberg, in: Palandt, § 320 Rdnr. 13.

<sup>350</sup> Urteil des BGH vom 11.12.2009 – V ZR 217/08, NJW 2010, 1272, 1274; Urteil des BGH vom 23.05.2003 – V ZR 190/02, NJW-RR 2003, 1318 f.; Urteil des BGH vom 07.10.1998 – VIII ZR 100/97, NJW 1999, 53; 1999, 2110; Emmerich, in: Münchener Kommentar, § 320 Rdnr. 37.

<sup>351</sup> Urteil des OLG Frankfurt vom 21.09.2011 – 1 U 154/10, II Nr. 1; Kandel, in: BeckOK VOB/B § 2 Abs. 5 Rdnr. 91; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 996; Kimmich, BauR 2009, 1494, 1503; Kuffer, ZfBR 2004, 110, 116; Kuffer, in: Heiermann/Riedl/Rusam, § 2 VOB/B Rdnr. 175; Virneburg, ZfBR 2004, 419, 420; Vygen, BauR 2005, 431, 432.

<sup>352</sup> Urteil des OLG Frankfurt vom 21.09.2011 – 1 U 154/10, Abschnitt II Nr. 1; Kandel, in: BeckOK VOB/B § 2 Abs. 5 Rdnr. 91; Kimmich, BauR 2009, 1494, 1503; Virneburg, ZfBR 2004, 419, 420; Vygen, BauR 2005, 431, 432.

<sup>353</sup> Kuffer, ZfBR 2004, 110, 116.

<sup>354</sup> Vygen, BauR 2005, 431, 432.

### *Anforderungen an die Dokumentation*

*Folgende Umstände sind im Zusammenhang mit Zurückbehaltungsrechten wegen Mehrleistungen zu dokumentieren:*

- *Voraussetzungen der Honoraranpassung nach § 10 Abs. 1 HOAI (hierzu ausführlich Rdnr. 309) bzw. des Wiederholungshonorars nach § 10 Abs. 2 HOAI (hierzu ausführlich Rdnr. 330)*
- *Einigung über die Honoraranpassung bzw. –höhe*
- *Aufforderungen des Auftragnehmers*
- *Stellungnahmen des Auftraggebers*

## *II. Kündigungsrecht des Auftragnehmers analog § 314 BGB*

409 Der Auftragnehmer kann daneben berechtigt sein, das Vertragsverhältnis durch Kündigung innerhalb der Kündigungsfrist analog § 314 BGB aufzulösen, wenn der Auftraggeber die Vereinbarung über die Honoraranpassung bzw. der –höhe für die Mehrleistungen bestimmt und endgültig verweigert.

### *I. Analoge Anwendbarkeit des § 314 BGB*

410 § 314 BGB ist dem Wortlaut nach ausschließlich bei Dauerschuldverhältnissen anwendbar. Ein Dauerschuldverhältnis liegt vor, **wenn typischerweise fortlaufend neue Erfüllungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen**<sup>355</sup>. Dies ist bei Architekten- und Ingenieurverträge nicht der Fall, da nicht dieselben Leistungen wiederholt, sondern die Leistungen über einen längeren Zeitraum gestreckt erbracht werden<sup>356</sup>.

411 § 314 BGB kann für Architekten- und Ingenieurverträge analog angewendet werden, da eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und das Interesse an der Auflösung des Vertrags nur für die Zukunft auch bei Schuldverhältnissen besteht, bei denen die Leistungen gestreckt erbracht werden. Denn für Schuldverhältnisse ohne Dauercharakter stehen ausschließlich Rücktrittsrechte nach §§ 323, 324 BGB zur Verfügung. Doch dessen Rechtswirkungen unterscheiden sich von

<sup>355</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 31; Oetker, S. 134 ff.; Wirth, in: Kor-bion/Mantscheff/Vygen, Einführung Rdnr. 250.

<sup>356</sup> Urteil des BGH vom 23.05.1996 – VII ZR 140/95, NJW-RR 1996, 1108, 1109; Urteil des BGH vom 20.06.1966 – VII ZR 40/64, NJW 1966, 1713; Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 31.



denen der Kündigung insofern, als bei einem Rücktritt das Schuldverhältnis rückwirkend vollständig aufgelöst wird und bei einer Kündigung lediglich eine Auflösung für die Zukunft erfolgt. Bei Architekten- und Ingenieurverträgen besteht jedoch kein Bedürfnis, das Schuldverhältnis vollständig aufzulösen, da dann die bereits erbrachten Leistungen rückabgewickelt werden müssten. Vielmehr entspricht den Interessen der Parteien gerade bei fortgeschrittenem Bauvorhaben, dass eine Auflösung durch Kündigung einzig für die Zukunft erfolgt<sup>357</sup>.

## 2. *Voraussetzungen*

Voraussetzung der Kündigung analog § 314 BGB ist, dass ein wichtiger Kündigungsgrund auf Seiten des Auftragnehmers vorliegt und der Auftragnehmer die Kündigung des Vertragsverhältnisses innerhalb der Kündigungsfrist erklärt. 412

### 2.1. *Wichtiger Grund*

Zur Kündigung bedarf der Auftragnehmer eines wichtigen Grundes. Dieser liegt nach der Legaldefinition analog § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, **wenn dem Auftragnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann**. Da das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmer nach § 320 BGB darauf beruht, dass dem Auftragnehmer wegen der bestimmten und endgültigen Verweigerung der Vereinbarung einer Honoraranpassung bzw. –höhe über die Mehrleistungen durch den Auftraggeber die Leistungserbringung nach Treu und Glauben unzumutbar ist, liegt mit Erfüllung der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechtes (hierzu ausführlich *Rdnr. 372 ff.*) ebenso der wichtige Kündigungsgrund vor. 413

### 2.2. *Entbehrlichkeit einer Aufforderung zur Abhilfe unter Fristsetzung*

Die nach § 314 Abs. 2 BGB erforderliche Setzung einer angemessenen Frist zur Abhilfe, d. h. zum Abschluss der Vereinbarung, ist analog § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, wenn der Auftraggeber die Vereinbarung über die Honoraranpassung bzw. –höhe bestimmt und endgültig verweigert (hierzu ausführlich *Rdnr. 393 ff.*). 414

---

<sup>357</sup> Urteil des BGH vom 23.05.1996 – VII ZR 140/95, NJW-RR 1996, 1108, 1109; Urteil des BGH vom 20.06.1966 – VII ZR 40/64, NJW 1966, 1713; Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 31.

### 2.3. *Kündigungsfrist analog § 314 Abs. 3 BGB*

415 Der Auftragnehmer kann die Kündigung analog § 413 Abs. 3 BGB nur innerhalb der Kündigungsfrist erklären. Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach einer Abwägung im Einzelfall, wobei die Art und Schwere der Pflichtverletzung sowie die Parteiinteressen Berücksichtigung finden. Letztere sind auf Seiten des Auftragnehmers unter anderem die Bedeutung der Entscheidung sowie der organisatorische Aufwand der Kündigung. Auf Seiten des Auftraggebers sind dies vor allem das Interesse an alsbaldiger Klärung des Fortbestands des Vertragsverhältnisses<sup>358</sup>. Da hiernach kein bestimmter Zeitraum prognostiziert werden kann, sollte die Kündigung alsbald nach Kenntnis des Unterlassens der Mitwirkungshandlung erfolgen.

416 Wird die Kündigung nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Kenntnisnahme erklärt, verwirkt der Auftragnehmer sein Recht auf Kündigung analog § 314 Abs. 3 BGB.

### 2.4. *Kündigungserklärung*

417 Bei Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen wird das Vertragsverhältnis nicht automatisch aufgelöst, sondern erst, wenn der Auftragnehmer die Kündigung erklärt. Dabei ist er an eine ggf. erfolgte Androhung der Kündigung nach Fristablauf nicht gebunden. Die Kündigungserklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige und grundsätzlich formfreie Willenserklärung, bei der der Wille zur außerordentlichen Vertragsbeendigung hinreichend klar und zweifelsfrei zum Ausdruck kommen muss, wobei die Verwendung des Begriffs „Kündigung“ nicht erforderlich ist<sup>359</sup>.

### 3. *Rechtsfolgen der Kündigung*

Das Vertragsverhältnis wird mit Wirksamwerden der Kündigungserklärung für die Zukunft (ex nunc) beendet<sup>360</sup>. Im Unterschied zum Rücktritt entsteht kein Rückabwicklungsschuldverhältnis gemäß §§ 346 f. BGB, so dass weder die bereits erbrachten Leistungen zurückzugewähren noch die Nutzungen hierfür herauszugeben oder zu ersetzen sind<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 314 Rdnr. 22.

<sup>359</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 314 Rdnr. 20.

<sup>360</sup> Urteil des BGH vom 21.12.2000 – VII Zr 488/99, NJW-RR 2001, 383; Urteil des BGH vom 21.02.1979 – VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288, 1289; Hohloch, in: Erman, § 314 Rdnr. 17; Lorenz, in: BeckOK BGB, § 314 Rdnr. 23; Unberath, in: Bamberger/Roth, § 314 Rdnr. 23.

<sup>361</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 314 Rdnr. 23.

*Da die Anforderungen an die Dokumentation zur Begründung eines Kündigungsrechtes des Auftragnehmers wegen verweigerter Zustimmung des Auftraggebers zur Vereinbarung der Honoraranpassung bzw. –höhe insoweit identisch ist mit denen zur Begründung des Zurückbehaltungsrechtes, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (hierzu ausführlich Rdnr. 408).*

*III. Anspruch auf Sicherheitsleistung, Leistungsverweigerungsrecht und Kündigung nach § 648a BGB*

Unabhängig von einem Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrecht hat der Auftragnehmer 419 gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 648a BGB in Höhe von 10 % des Honoraranspruchs sowie Nebenkosten. Dabei umfasst der Honoraranspruch auch das Honorar für beauftragte Mehrleistungen, da nach dem Wortlaut des § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB auch Honorar aus „Zusatzaufträgen“ erfasst sind. Mit der Forderung einer Sicherheitsleistung gegenüber dem Auftraggeber erhält der Auftragnehmer eine Möglichkeit das finanzielle Risiko seiner Vorleistungspflicht zu verringern.

Verweigert der Auftragnehmer nach erfolglosem Ablauf einer dem Auftraggeber angemessen 420 gesetzten Frist die Sicherheitsleistung, kann der Auftragnehmer nach § 648a Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 320 BGB die Leistung verweigern und nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB das Vertragsverhältnis kündigen.

*1. Anwendbarkeit auf Architekten- und Ingenieurverträge*

§ 648a BGB ist auch für Architekten- und Ingenieurverträge anwendbar<sup>362</sup>, da der Architekt bzw. Ingenieur ebenfalls Unternehmer eines Bauwerks ist.

*2. Sicherungsverlangen*

§ 648a BGB sichert die zu vergütende Werkleistung ab. Daher umfasst die Sicherheitsleistung 421 alle nach dem Werkvertrag vergütungspflichtigen Werkleistungen des Unternehmers, soweit sie

---

<sup>362</sup> Kniffka, BauR 2007, 246, 249; Sprau, in: Palandt, § 648a Rdnr. 6.

nicht bezahlt wurden<sup>363</sup>. Nach § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB sind von der Sicherungshöhe auch Vereinbarungen über Mehrleistungen umfasst. Da § 10 Abs. 1 und 2 BGB dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Honoraranpassung gewährt, kann er eine (höhere) Sicherheit bereits dann verlangen, wenn der Auftraggeber die Mehrleistung beauftragt. Eine Vereinbarung der Honoraranpassung bzw. -höhe ist nicht erforderlich<sup>364</sup>.

### 3. *Zurückweisungsrecht wegen überhöhter Sicherheit*

422 Der Umstand, dass der Auftragnehmer eine überhöhte Sicherheit fordert, führt alleine nicht dazu, dass das Sicherungsverlangen zurückgewiesen werden kann<sup>365</sup>. Macht der Auftragnehmer deutlich, auch zur Annahme einer gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Sicherheitsleistung bereit zu sein, gerät der Auftraggeber in Verzug, wenn die Höhe für ihn feststellbar ist<sup>366</sup>.

### 4. *Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrecht des Auftragnehmers*

423 Der Auftragnehmer kann dem Auftraggeber nach § 648a Abs. 5 BGB eine angemessene Frist zur Leistung bestimmen. Diese bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei in der Regel eine Mindestfrist von 7 – 10 Tagen angesetzt werden kann, wenn sich der Auftraggeber wegen vorvertraglicher Absprachen vorbereiten konnte<sup>367</sup>. Stellt der Auftragnehmer sein Begehren unverhofft, können 3 Wochen erforderlich sein, wobei eine zu knapp bemessene Frist das Sicherheitsbegehren nicht unwirksam werden lässt, sondern eine angemessene Frist in Gang setzt<sup>368</sup>.

424 Läuft die Frist ab, ohne dass der Auftraggeber eine Sicherheitsleistung gewährt hat, ist der Auftragnehmer nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB zur Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt.

---

<sup>363</sup> BT-Dr. 12/1836, S. 8; Urteil des BGH vom 09.11.2000 – VII ZR 82/99, NJW 2001, 822, 824; Leinemann, NJW 1997, 238, 239; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 648a Rdnr. 11; Sprau, in: Palandt, § 648a Rdnr. 16; Sturmberg, BauR 1994, 57, 61.

<sup>364</sup> Urteil des BGH vom 15.12.2009 – XI ZR 107/08, NJW 2010, 1668, 1671; Busche, in: Münchener Kommentar BGB § 648a Rdnr. 26; a. A. Urteil des OLG Düsseldorf vom 10.11.2005 – 21 U 1783/03, IBR 2005, 667 und Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.07.2004 – 21 U 178/03, IBR 2005, 321 zu § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.

<sup>365</sup> Urteil des BGH vom 09.11.2000 – VII ZR 82/99, NJW 2001, 822, 825.

<sup>366</sup> Urteil des BGH vom 09.11.2000 – VII ZR 82/99, NJW 2001, 822, 825.

<sup>367</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 648a BGB Rdnr. 25.

<sup>368</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 648a BGB Rdnr. 25.

### ***Anforderungen an die Dokumentation***

*Folgende Umstände sind im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 648a BGB zu dokumentieren:*

#### ***Vertragsschluss (um Honorarhöhe zu berechnen)***

- *Zeitpunkt, in dem sich die Parteien einig waren, dass der Auftragnehmer Architekten- bzw. Ingenieurleistungen erbringen soll.*
- *Schriftlicher Architektenvertrag mit sämtlichen Anlagen oder bei mündlicher Beauftragung die getroffenen Absprachen*

#### ***Mehrleistungen (um Honorarhöhe zu berechnen)***

*hierzu ausführlich Rdnr. 309, 330 und 370*

#### ***Voraussetzungen des Zurückbehaltungs- und Kündigungsrechtes***

- *Aufforderung des Auftragnehmers unter Fristsetzung*
- *Stellungnahmen des Auftraggebers*

### **Kapitel 3: Vertragliche Vereinbarungen über Bauablaufstörungen**

426 Mit der 7. HOAI-Novelle 2013 sind auch die letzten Honorarvorschriften entfallen, die unmittelbar an das Vorliegen von Bauablaufstörungen anknüpften (*Abschnitt A*). Nach den Bestrebungen des Verordnungsgebers sollen die Vertragsparteien seither eigene Vereinbarungen über Ansprüche wegen Bauablaufstörungen treffen (*Abschnitt C*). Dennoch müssen diese nach der hier vertretenen Auffassung die besonders strengen Wirksamkeitsvoraussetzungen der HOAI erfüllen (*Abschnitt B*).

427 Nach der Systematik des Zivilrechts gehen vertragliche Vereinbarungen in ihrem Anwendungsbereich gesetzlichen Ansprüchen vor. Haben die Vertragsparteien eine wirksame Vereinbarung über Bauablaufstörungen getroffen, kann der Auftragnehmer für die Mehraufwendungen, die von der vertraglichen Regelung umfasst sind, keine weiteren gesetzlichen Ansprüche, wie solche wegen unterlassenen Mitwirkungshandlungen nach § 642 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 697 ff.*), Verletzung von Vertragspflichten nach §§ 280 ff. BGB<sup>369</sup> oder Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 847 ff.*) verlangen. Daher ist der Regelungsumfang der vertraglichen Vereinbarung entscheidend dafür, ob dem Auftragnehmer gesetzliche Ansprüche zustehen (*Kapitel C Abschnitt VII*).

#### *A.                    Historische Entwicklung der honorarrechtlichen Vereinbarungen über Bauablaufstörungen*

##### *I.                    § 21 HOAI 1976 – 1996/2002*

428 Bereits in der Ursprungsfassung der HOAI im Jahre 1976 wurden in § 21 HOAI Ansprüche des Auftragnehmers im Falle einer abschnittswisen Ausführung des Bauvorhabens und damit für den Fall der Bauzeitunterbrechungen geregelt.

---

<sup>369</sup> In diesem Zusammenhang wird zur Begrenzung des Begutachtungsumfangs einzig auf Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Mitwirkungspflichten eingegangen (hierzu *Rdnr. 806 ff.*) und im Übrigen auf die Kommentierung des allgemeinen Schadensersatzrechts der §§ 280 ff. BGB verwiesen.

### Zeitliche Trennung der Ausführung

Wird ein Auftrag, der ein oder mehrere Gebäude umfasst, nicht einheitlich in einem Zuge, sondern abschnittsweise in größeren Zeitabständen ausgeführt, so ist für die das ganze Gebäude oder das ganze Bauvorhaben betreffenden, zusammenhängend durchgeführten Leistungen das anteilige Honorar zu berechnen, das sich nach den gesamten anrechenbaren Kosten ergibt. Das Honorar für die restlichen Leistungen ist jeweils nach den anrechenbaren Kosten der einzelnen Bauabschnitte zu berechnen.

Da dem Auftragnehmer bei abschnittsweiser Bauausführung durch die notwendig längere Be- 430  
reithaltung der personellen und sachlichen Mittel erhöhte Aufwendungen entstehen<sup>370</sup>, insbesondere aufgrund des wiederholten Einarbeitungsaufwands<sup>371</sup>, regelte § 21 HOAI 1996/2002 eine anteilige Honorarberechnung unter Trennung der anrechenbaren Kosten der einzelnen Bauabschnitte. Da sich die Honorarhöhe nach der Honorartafel bei steigenden anrechenbaren Kosten proportional degressiv verhält, also nicht gleichmäßig ansteigt, sondern im Verhältnis sinkt, führt eine getrennte Ermittlung zu einem höheren Gesamthonorar<sup>372</sup> und sollte hierdurch die Mehraufwendungen des Auftragnehmers ausgleichen.

Eine solche Erhöhung des Gesamthonorars deckte jedoch nicht die tatsächliche Erhöhung des 431  
Aufwands des Auftragnehmers ab<sup>373</sup>, sondern gewährte dem Auftragnehmer eine abstrakte pauschale Honorarerhöhung. Dessen Höhe richtete sich wesentlich nach der Dauer der Unterbrechung und der Möglichkeit zur Wahrnehmung anderer Aufträge<sup>374</sup>.

§ 21 HOAI fiel dem Rotstift des Verordnungsgeber im Rahmen der 6. HOAI-Novelle 2009 zum 432  
Opfer. Hintergrund der verordnungsgeberischen Entscheidung war, die HOAI von vertraglichen Regelungen zu bereinigen<sup>375</sup>. Nach Ansicht des Verordnungsgebers sollen die Vertragsparteien

<sup>370</sup> Locher/Koeble/Frik, 2002 § 21 Rdnr. 1; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage, § 21 Rdnr. 1.

<sup>371</sup> Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage, § 21 Rdnr. 1.

<sup>372</sup> Löffelmann/Fleischmann, 2007 Rdnr. 1065; Schramm/Schwenker, Rdnr. 208.

<sup>373</sup> Schramm/Schwenker, Rdnr. 209; Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage, § 21 Rdnr. 8; Borgmann, BauR 1994, 707, 712.

<sup>374</sup> Schramm/Schwenker, Rdnr. 209.

<sup>375</sup> BR-Drucks. 395/09 S. 152.

bei Bedarf, insbesondere wenn die Objektüberwachung beauftragt ist, eine freie Vereinbarung nach dem Vorbild des bisherigen § 21 treffen<sup>376</sup>.

## II. § 4a HOAI 1996/2002

433 Mit der 5. HOAI-Novelle 1996 wurde § 4a in die HOAI eingefügt, der eine honorarrechtliche Regelung über Bauzeitverlängerungen traf.

### 434 § 4a HOAI 1996/2002

#### Abweichende Honorarermittlung

<sup>1</sup>Die Vertragsparteien können abweichend von den in der Verordnung vorgeschriebenen Honorarermittlungen schriftlich bei Auftragserteilung vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage einer nachprüfaren Ermittlung der voraussichtlichen Herstellungskosten nach Kostenberechnung oder nach Kostenanschlag berechnet wird. <sup>2</sup>Soweit auf Veranlassung des Auftraggebers Mehrleistungen des Auftragnehmers erforderlich werden, sind diese Mehrleistungen zusätzlich zu honorieren. <sup>3</sup>Verlängert sich die Planungs- und Bauzeit wesentlich durch Umstände, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, kann für die dadurch verursachten Mehraufwendungen ein zusätzliches Honorar vereinbart werden.

435 § 4a Satz 3 HOAI 1996/2002 gewährte dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Mehrhonorar im Falle von Bauzeitverlängerungen unter eingeschränkten Voraussetzungen:

436 Eine Honorarvereinbarung über Mehraufwendungen bei Bauzeitverlängerungen konnte nur getroffen werden, wenn die Vertragsparteien zuvor eine Baukostenvereinbarung nach § 4a Satz 1 HOAI 1996/2002 getroffen hatten<sup>377</sup>. Das heißt, sie mussten schriftlich bei Auftragserteilung vereinbart haben, dass das Honorar auf Grundlage einer nachprüfaren Ermittlung der voraussichtlichen Herstellungskosten nach Kostenberechnung oder nach Kostenanschlag berechnet wird. Diese Auslegung ergibt sich aus dem Wortlaut, Systematik sowie Zweck der Norm. Denn § 4a HOAI 1996/2002 trug die Überschrift „Abweichende Honorarermittlung“ und § 4a Satz 3 HOAI 1996/2002 stand in engem räumlichen, ohne Absatz getrennten Zusammenhang zu § 4a

---

<sup>376</sup> BR-Drucks. 395/09 S. 152.

<sup>377</sup> Vygen, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage § 4a Rdnr. 28.



Satz 1 HOAI 1996/2002<sup>378</sup>, der die Zulässigkeit von Baukostenvereinbarungen behandelte. Darüber hinaus war Zweck des § 4a Satz 3 HOAI 1996/2002, einen Ausgleich für eine infolge einer Baukostenvereinbarung eintretende unbillige Honorarkürzung zu schaffen<sup>379</sup>. Die Regelung sollte daher nicht allgemein die Möglichkeit zusätzlicher Honoraransprüche eröffnen, sondern nur bei Baukostenvereinbarungen<sup>380</sup>.

Darüber hinaus setzte der Anspruch auf Erstattung von Mehraufwendungen bei Bauzeitstörungen nach § 4a Satz 3 HOAI 1996/2002 voraus, dass die Vertragsparteien eine Vereinbarung hierüber getroffen hatten. Das heißt, dass der Auftragnehmer auf die Zustimmung des Auftraggebers angewiesen war, der ihm einen Honoraranspruch wegen Mehraufwendungen aus Bauzeitverlängerungen auch versagen konnte. Zudem musste diese Honorarvereinbarung nach einhelliger Meinung bei Auftragserteilung getroffen werden<sup>381</sup>, obwohl Bauzeitstörungen üblicherweise bei Auftragserteilung nicht abzusehen sind.

Im Rahmen der 6. HOAI-Novelle 2009 ist die Regelung des § 4a HOAI 1996/2002 ersatzlos gestrichen worden.

### III. § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009

Eine weitere Norm, die unmittelbar an Bauablaufstörungen anknüpfte, war die Regelung Anderer Leistungen in § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI, die mit der 6. HOAI-Novelle 2009 eingeführt wurde.

## § 3 HOAI 2009

### Leistungen und Leistungsbilder

(2) <sup>2</sup>Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer **Änderung des Leistungsablaufs** oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert **frei zu vereinbaren und zu vergüten**.

<sup>378</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NZBau 2005, 46, 47.

<sup>379</sup> Vygen, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage § 4a Rdnr. 28.

<sup>380</sup> Vygen, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage § 4a Rdnr. 28.

<sup>381</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NZBau 2005, 46, 47; Kniffka, in: Pott/Dahlhoff/Kniffka, 8. Auflage, § 4a Rdnr. 11; Löffelmann/Fleischmann, 2007 Rdnr. 961; Schramm/Schwenker, Rdnr. 191; Vygen, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage § 4a Rdnr. 28.

441 Hierdurch konnten die Vertragsparteien bei Anordnungen des Auftraggebers über die Änderung des Leistungsablaufs ein zusätzliches Honorar neben dem Grundhonorar frei – und damit ohne Bindung an die Honorartafeln der HOAI – vereinbaren. Da von einer Änderung des Leistungsablaufs, insbesondere die zeitliche Verschiebung und Umstellung einzelner Teilleistungen oder Leistungsphasen, betroffen war, konnten hierdurch – auch nach der Streichung des § 21 HOAI 1996/2002 – Mehraufwendungen infolge von Anordnungen des Auftraggebers über abschnittsweise Ausführungen abgegolten werden<sup>382</sup>. Die zusätzliche Honorierung setzte jedoch voraus, dass der Auftraggeber eine Änderung der Leistungszeit anordnete und die Parteien eine vertragliche Vereinbarung über die Honorarhöhe trafen.

442 Bereits mit der 7. HOAI-Novelle 2013 entfiel die Regelung über die Anderen Leistungen wieder. Honorarvorschriften über die Änderung des Leistungsablaufs existieren seither nicht mehr. **Die Vertragsparteien sind nunmehr veranlasst, eine vertragliche Vereinbarung über die Abgeltung von Mehraufwendungen im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen zu treffen.**

*B. Honorarvereinbarungen über Bauablaufstörungen*

443 Die Möglichkeiten und Grenzen der Parteien Honorarvereinbarungen zu treffen, regeln die §§ 3 ff. HOAI. Zentrale Norm der Honorarberechnung ist § 7 Abs. 1 HOAI, wonach die Parteien eine Honorarvereinbarung ausschließlich schriftlich bei Auftragserteilung und nur im Rahmen der nach den Berechnungsvorschriften der HOAI bestimmten Mindest- und Höchstsätze vereinbaren können (*Abschnitt II*). Eine Abweichung von den Höchstsätzen wegen ungewöhnlich lang dauernden Leistungen bedarf zusätzlich der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI (*Abschnitt III*).

444 Entscheidend ist außerdem, ob und in welchem Umfang die Berechnungsmaßstäbe der §§ 3 ff. HOAI die Aufwendungen des Auftragnehmers berücksichtigen. Denn nur wenn die Aufwendungen des Auftragnehmers Eingang in die Honorarberechnung finden, können die aus Bauablaufstörungen entstandenen Mehraufwendungen abgegolten werden (*Abschnitt III*).

*I. Honorarvereinbarungen*

445 Den Parteien steht im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit frei, die Bemessungsgrundlage des Honorars zu bestimmen, solange sich das im konkreten Einzelfall berechnete Honorar im Rahmen des

---

<sup>382</sup> Berger/Fuchs, Rdnr. 119; Fett, in: Irmeler, § 3 Rdnr. 13; Stemmer, IBR 2010, 1461 Rdnr. 18.

jeweiligen Mindest- und Höchstsatzes nach der HOAI hält<sup>383</sup>. Daher können die Vertragsparteien ein Pauschal- oder auch ein Zeithonorar vereinbaren.

### 1. Pauschalhonorarvereinbarungen

Das Honorar des Auftragnehmers wird von den Parteien üblicherweise als Pauschalhonorar vereinbart. Hierzu können die Parteien ein bestimmtes Pauschalhonorar beziffern oder eine bestimmbare Pauschalvereinbarung treffen, indem sie die Parameter festlegen, aus denen sich die Honorarhöhe errechnen lässt<sup>384</sup>. 446

Treffen die Parteien eine Pauschalvereinbarung, hat dies im Falle von Bauablaufstörungen erhebliche honorarrechtliche Konsequenzen. Infolge der Pauschalierung erhält der Auftragnehmer im Unterschied zum Stundenhonorar für sämtliche Leistungen, die zur Erbringung des Werkerfolgs notwendig sind, eine **mengenunabhängige Pauschalsumme**. Der Auftraggeber trägt somit das Risiko, dass die Aufwendungen deutlich niedriger sind und der Auftragnehmer trägt das Risiko dafür, dass die Aufwendungen deutlich höher sind, als diese jeweils ihrer Kalkulation zugrunde gelegt haben<sup>385</sup>. Damit ist für die Honorierung gleichgültig, wie lange Leistungshandlungen notwendig sind und wie oft sie jeweils, bzw. mit welchem Aufwand im Einzelnen, erbracht werden müssen<sup>386</sup>. Sofern die Parteien keine zusätzliche Vertragsabrede für den Eintritt von Bauablaufstörungen treffen (hierzu ausführlich *Rdnr. 517 ff.*), werden vom Pauschalhonorar auch die durch Bauablaufstörungen verursachten Mehraufwendungen des Auftragnehmers erfasst. In letzterem Fall liegt bereits kein „Mehr“-Aufwand vor, da der gesamte Aufwand dem vereinbarten Leistungserfolg gegenübersteht<sup>387</sup>. Der Auftragnehmer kann allenfalls einen Anspruch auf Honoraranpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB haben (hierzu ausführlich *Rdnr. 847 ff.*), wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (Honorar) die Schwelle der Unzumutbarkeit überschreitet. 447

---

<sup>383</sup> Urteil des BGH vom 17.04.2009 – VII ZR 164/09, NZBau 2009, 450, 452; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Urteil des BGH vom 01.02.2000 – X ZR 198/97, NJW 2000, 1107; Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/83, BauR 1985, 346, 347; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 37; Morlock, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 581; Schwenker/Schramm, ZfIR 2005, 121.

<sup>384</sup> Urteil des BGH vom 17.04.2009 – VII ZR 164/09, NZBau 2009, 450, 452; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Urteil des BGH vom 01.02.2000 – X ZR 198/97, NJW 2000, 1107; Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/83, BauR 1985, 346, 347; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 37; Morlock, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 581; Schwenker/Schramm, ZfIR 2005.

<sup>385</sup> Urteil des LG Köln vom 04.10.1991 – 82 O 86/91, BauR 1992, 123; Heyer, BauR 1983, 297, 306, 307; Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Abschnitt K Rdnr. 18; Vygen, in: FS Locher S. 263, 265; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1522.

<sup>386</sup> Steiner, IBR 2007, 494.

<sup>387</sup> Steiner, IBR 2007, 494.

448 Hiervon zu unterscheiden sind etwaige Ansprüche wegen Mehrleistungen, bei denen sich der vereinbarte Leistungsumfang nicht intensiviert, sondern in seiner Art und seinem Umfang verändert wird, wodurch weitere Honoraransprüche des Auftragnehmers begründet werden können (hierzu ausführlich *Rdnr. 102 ff.*). Auch können dem Auftragnehmer wegen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers vom Honorar unabhängige Ansprüche nach §§ 642 ff. BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 697 ff.*) oder wegen Verletzung von Vertragspflichten nach §§ 280 ff. BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 806 ff.*) zustehen.

## 2. *Zeithonorarvereinbarungen*

449 Die Parteien können auch ein Zeithonorar durch Vereinbarung eines Stundensatzes vereinbaren. Die HOAI verlangt nicht zwingend die Vereinbarung eines Pauschalhonorars. Auch die Gesamtsumme des Zeithonorars, die mittels des vereinbarten Stundensatzes und des tatsächlich angefallenen Zeitaufwands errechnet wird, kann auf die Einhaltung des Mindest- und Höchstsatzes hin überprüft werden.

450 Bei Eintritt von Bauablaufstörungen ist diese Honorierungsart besonders von Vorteil für den Auftragnehmer, da hierdurch **sämtliche Aufwendungen (somit auch die aus der Bauablaufstörung resultierenden Mehraufwendungen)** bis zum Höchstsatz (bzw. unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI über den Höchstsatz hinaus) geltend gemacht werden können. In diesem Fall werden auch Mehrleistungen sowie Mehraufwendungen aus unterlassenen Mitwirkungshandlungen und Vertragspflichtverletzungen des Auftraggebers mittels des Zeithonorars abgerechnet<sup>388</sup>.

## II. *Wirksamkeit von Honorarvereinbarungen nach § 7 Abs. 1 HOAI*

451 Nach § 7 Abs. 1 HOAI können Honorarvereinbarungen über die jeweiligen Mindestsätze hinaus nur wirksam durch eine schriftliche Vereinbarung bei Auftragserteilung getroffen werden.

### 1. *Bei Auftragserteilung*

452 Die Auslegung des Begriffs der Auftragserteilung ist von wesentlicher Bedeutung. Denn durch die zwingende Anknüpfung der Honorarvereinbarung an den Zeitpunkt der Auftragserteilung, können die Vertragsparteien in die Honorarverhandlungen auch nur solche Faktoren einbinden, die in diesem Zeitpunkt zumindest absehbar sind. Dies trifft für Mehraufwendungen durch Bau-

---

<sup>388</sup> Die Feststellungen dieser Arbeit basieren daher darauf, dass die Parteien (wie üblicherweise) eine Pauschalhonorarvereinbarung treffen.

ablaufstörungen in den seltensten Fällen zu, da Bauablaufstörungen in der Regel erst mit zunehmender Bauausführung zu erkennen sind.

### *1.1. Begriff der Auftragserteilung*

Der Begriff der Auftragserteilung ist vom Verordnungsgeber untechnisch gewählt und bezieht sich auf den **Abschluss des Architekten- und Ingenieurvertrags nach den allgemeinen zivilgesetzlichen Vorschriften gemäß §§ 145 ff. BGB**<sup>389</sup>. Hiernach kommt ein Werkvertrag über die Erbringung von Architekten- und Ingenieurleistungen durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) über die wesentlichen Vertragsbestandteile zustande.

### *1.2. Rechtsbindungswille der Vertragsparteien*

Unabdingbare Voraussetzung einer Willenserklärung ist der Rechtsbindungswille der Vertragsparteien. Dieser liegt vor, **wenn den Handlungen jeweils aus Sicht eines verständigen Adressaten der Wille zu entnehmen ist, dass der Erklärende sich rechtlich binden will**<sup>390</sup>. Dies ist hingegen nicht der Fall, wenn sich die Parteien noch in der Vertragsanbahnung, der sog. Akquisitionsphase, befinden<sup>391</sup>. Denn hierbei wollen sich die Parteien noch nicht rechtlich binden, sondern erst in Erfahrung bringen, ob die andere Partei als Vertragspartner in Betracht kommt<sup>392</sup>.

Um die Beendigung der **Akquisitionsphase** bzw. den Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzustellen, ist neben den Umständen des Einzelfalles und der jeweiligen Intention der Parteien, die Einordnung der von dem Auftragnehmer vorgenommenen Leistungen entscheidend<sup>393</sup>. Festzustellen ist, ob Leistungen erbracht werden, die im Rahmen der Akquisitionsleistungen typischerweise erbracht werden oder ob diese auf einen Vertragsschluss schließen lassen<sup>394</sup>. Leistungen, die im Rahmen der Akquisitionsphase erbracht werden, sind typischerweise solche der ersten beiden Leistungsphasen, wie beispielsweise die Klärung der Aufgabenstellung, Beratungsleistungen und die Erarbeitung erster Vorentwürfe<sup>395</sup>. Hingegen lassen die Fertigstellung des Baugesuches, die Herbeiführung der Baugenehmigung, die Inrechnungstellung erster Abschlagszahlungen, die schriftliche Baukostenschätzung, sowie der Beginn der Bauarbeiten auf einen Vertragsschluss schließen, da es sich um Leistungen handelt, die typischerweise im Rahmen der Ausführung eines Bauprojekts erbracht werden, wenn sich die Vertragsparteien ausreichend Klarheit über die

---

<sup>389</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 56; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 13.

<sup>390</sup> Münchener Kommentar, § 145 Rdnr. 7.

<sup>391</sup> Urteil des BGH vom 05.06.1997 – VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017; Irmeler, § 7 Rdnr. 2.

<sup>392</sup> Urteil des BGH vom 05.06.1997 – VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017; Irmeler, § 7 Rdnr. 2.

<sup>393</sup> Pott/Dahlhoff/Kniffka/Roth, § 7 Rdnr. 14.

<sup>394</sup> Pott/Dahlhoff/Kniffka/Roth, § 7 Rdnr. 14.

<sup>395</sup> Pott/Dahlhoff/Kniffka/Roth, § 7 Rdnr. 14.

gestellte Aufgabe, den Schwierigkeitsgrad, die damit verbundenen Lösungsmöglichkeiten<sup>396</sup> und die Eignung der Vertragsparteien verschafft haben.

456 Einigen sich die Vertragsparteien nach der Akquisitionsphase rechtsverbindlich über die Erbringung von Architektur- und Ingenieurleistungen, liegt die Auftragserteilung zu dem Zeitpunkt vor (und wird nicht etwa auf den Beginn der Akquisitionsphase vorverlegt), indem sich die rechtsbindenden Erklärungen der Parteien erstmalig gegenüber standen. Die rechtsunverbindliche Erbringung von Vertragsleistungen im Rahmen der Akquisition ist somit für den Zeitpunkt der Auftragserteilung unerheblich.

### 1.3. *Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile*

457 Zudem müssen sich die Vertragsparteien rechtsverbindlich über die wesentlichen Vertragsbestandteile (essentialia negotii) geeinigt haben. Dies betrifft **im Wesentlichen Art und Umfang des Objekts und die zu erbringenden Leistungen**<sup>397</sup>. Eine Einigung über die Honorarhöhe oder die zu dessen Berechnung dienenden Parameter ist nicht erforderlich<sup>398</sup>. Dies folgt auch aus der Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI, wonach die Vereinbarung der jeweiligen Mindestsätze unwiderleglich vermutet wird, „sofern nicht bei Auftragserteilung **etwas anderes** schriftlich vereinbart worden ist“. Dies erfasst sowohl den Fall, bei dem die Vertragsparteien eine Honorarvereinbarung ausschließlich mündlich treffen, als auch den Fall, bei dem eine Verständigung über die Honorarhöhe gänzlich ausbleibt.

### 1.4. *Hinausschieben des Vertragsschlusses nach § 154 BGB*

458 Nach § 154 Abs. 1 BGB kommt ein Vertragsschluss im Zweifel nicht zustande, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Dies eröffnet den Parteien die Möglichkeit, **den Vertragsschluss durch Bindung an die Einigung über das Honorar hinausschieben**, indem der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber erklärt, dass zum Vertragsschluss noch über die Höhe bzw. die Berechnungskriterien des Honorars eine Einigung erzielt werden muss<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> So auch nach dem Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/83, BauR 1985, 346, 347.

<sup>397</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 30; Hartmann, § 7 Rdnr. 3.

<sup>398</sup> Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/83, BauR 1985, 346, 347.

<sup>399</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 30, 34; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 87; Koeble, BauR 1977, 372, 376.

Eine Einigung unter Vorbehalt nach § 154 BGB kann jedoch nicht getroffen werden, wenn sich die Vertragsparteien trotz der noch offenen Honorarvereinbarung erkennbar vertraglich binden wollen<sup>400</sup>. Ein konkludenter Vertragsschluss kann darin liegen, dass die Parteien mit der Vertragsausführung, insbesondere der Auftragnehmer mit der Leistungserbringung, beginnt. Die Parteien setzen sich in diesem Fall durch gemeinsame rechtsverbindliche Erklärungen über den einst erklärten Vorbehalt hinweg und machen diesen hierdurch hinfällig.

1.5. *Zulässigkeit eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Auftragserteilung und der Honorarvereinbarung*

Teilweise wird vertreten, dass die schriftliche Honorarvereinbarung nach § 7 Abs. 1 HOAI nicht zum genauen Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfolgen muss, sondern auch noch dann zulässig ist, wenn hierzu ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht<sup>401</sup>. Ausreichend sei hiernach, wenn die Honorarvereinbarung vor Abschluss des eigentlichen Architektenvertrags erfolge und die Parteien die vorab getroffene Honorarvereinbarung als Grundlage für den später abgeschlossenen Architektenvertrag angenommen haben<sup>402</sup>. Dagegen vertritt der überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung, dass sich der Zeitpunkt der Auftragserteilung streng nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 HOAI richtet und damit die schriftliche Honorarvereinbarung zeitgleich mit dem Vertragsschluss zu erfolgen hat<sup>403</sup>. Daher sei der Zeitpunkt der Auftragserteilung und der Honorarvereinbarung exakt zu bestimmen und miteinander abzugleichen<sup>404</sup>. Wurde die schriftliche Honorarvereinbarung nicht im genauen Zeitpunkt des Vertragsschlusses getroffen, gelte nach der überwiegenden Ansicht unweigerlich gemäß § 7 Abs. 5 HOAI der jeweilige Mindestsatz.

Der letzteren Meinung ist zuzustimmen. Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist **weder vom Wortlaut, noch vom Sinn und Zweck der Norm oder der Ermächtigungsgrundlage ge-**

---

<sup>400</sup> Urteil des BGH vom 6. 12. 2001 – III ZR 296/00, NJW 2002, 817, 818; Urteil des BGH vom 20.06.1997 – V ZR 39/96, NJW 97, 2671; Urteil des BGH vom 24.02.1983 – I ZR 14/81, NJW 1983, 1727, 1728; Palandt, § 154 Rdnr. 2.

<sup>401</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 29; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 798 f., 805.

<sup>402</sup> Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 805.

<sup>403</sup> Urteil des BGH vom 16.12.2004 – VII ZR 16/03, NZBau 2005, 285, 286; Urteil des BGH vom 12.10.1989 – VII ZR 98/99, NJW-RR 1990, 90; Urteil des BGH vom 21.01.1988 – VII ZR 239/86, NJW-RR 1988, 725; Urteil des BGH vom 09.07.1987 – VII ZR 282/86, NJW-RR 1987, 1374; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des BGH vom 06.05.1985 – VII ZR 320/84, NJW-RR 1986, 18; Urteil des OLG Stuttgart vom 02.11.1994 – 4 U 152/94, BauR 1995, 414; Urteil des OLG Düsseldorf vom 22.07.1988 – 22 U 109/1988, BauR 1988, 766; Urteil des OLG Schleswig vom 31.10.1986 – 11 U 68/85, NJW-RR 1987, 535; Berger/Fuchs, Rdnr. 129; Jagenburg, BauR 1988, 155, 158; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 74; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 25; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Roth, § 7 Rdnr. 12 f.

<sup>404</sup> Urteil des BGH vom 16.12.2004 – VII ZR 16/03, NZBau 2005, 285, 286.

**deckt.** Der Wortlaut stellt ausdrücklich auf den Zeitpunkt „bei Auftragserteilung“ ab. Auch die Ermächtigungsnorm in § 1 Abs. 3 Nr. 3 und § 2 Abs. 3 Nr. 3 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architekturleistungen knüpft ausdrücklich an die Erteilung des Architekten- bzw. Ingenieurauftrages an und lässt damit auch keine von Wortlaut des § 7 Abs. 1 HOAI abweichende Auslegung der HOAI zu<sup>405</sup>. Denn die Rechtsprechung ist aus Gründen der Gewaltenteilung an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG), so dass der Wortlaut die Grenze der richterlichen Auslegung bildet<sup>406</sup>.

462 Zudem würde die Zulässigkeit eines engen zeitlichen Zusammenhangs der Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1, 5 HOAI zuwider laufen<sup>407</sup>. Hierzu führte der Verordnungsgeber in der Begründung des Referentenentwurfs der HOAI 1976 aus<sup>408</sup>:

*„Die Vertragsparteien sollen ihre Vereinbarungen bei Auftragserteilung treffen. Rechtzeitig getroffene Vereinbarungen tragen dazu bei, spätere Unklarheiten und Streitigkeiten zu vermeiden. Sie werden, sofern rechtsgültig zustande gekommen, den Bedürfnissen des Einzelfalles grundsätzlich eher gerecht als spätere Korrekturen mit Hilfe der Gerichte oder von Sachverständigen.“*

463 Zudem ist zu beachten, dass je weiter sich der Zeitpunkt der Honorarvereinbarung von der Auftragserteilung entfernt und je mehr die Parteien mit der Vertragsausführung begonnen haben, desto größer wird die faktische Bindung der Parteien an das Vertragsverhältnis. Infolgedessen werden die Vertragsparteien verleitet, durch Druckausübung gegenüber dem Vertragspartner auf eine Honorarvereinbarung zu ihren Gunsten einzuwirken. Durch Abhängigkeiten der Parteien werden Streitigkeiten wahrscheinlich, deren Folge eine Zerrüttung des Vertragsverhältnisses oder die Weigerung der weiteren Auftragsausführung sein kann<sup>409</sup>. Dies ist durch eine enge Wortlautinterpretation, ergänzt um den Sinn und Zweck der Norm, zu vermeiden, indem der Zeitpunkt der Auftragserteilung strikt an den des Vertragsschlusses geknüpft wird.

464 Ferner können praktische Erwägungen die Anerkennung eines engen zeitlichen Zusammenhangs zum Vertragsschluss nicht begründen. Sicherlich mag die genaue Grenze zwischen Akquisition

---

<sup>405</sup> Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 69.

<sup>406</sup> Im Ergebnis Urteil des BGH vom 25.10.2006 – 1 StR 384/06, NJW 2007, 524, 525.

<sup>407</sup> Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, § 7 Rdnr. 58.

<sup>408</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 8.

<sup>409</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 169/02, ZfBR 2003, 367, 368; Urteil des OLG Hamm vom 16.01.1998 – 12 U 74/97, NJW-RR 1998, 811, 813.



und stillschweigenden Vertragsschlusses teilweise schwierig zu bestimmen<sup>410</sup> und oftmals fließend sein. Dennoch ist dies jeder Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter eine rechtliche Norm immanent. Auch handelt es sich um keine adäquate Alternative, auf einen unbestimmten Begriff eines zeitlich engen Zusammenhanges abzustellen, dessen Grenzziehung mitunter viel schwieriger ist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Stuttgarts vom 19.06.1984<sup>411</sup>. Teilweise wird unter Verweis hierauf vertreten, dass eine schriftliche Honorarvereinbarung auch noch innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhanges zulässig sei<sup>412</sup>. Das OLG Stuttgart entschied in einen Fall, in dem die schriftliche Honorarvereinbarung zu einem Zeitraum geschlossen wurde, der mehrere Monate nach begonnener Vertragsausführung liegt, dass jedenfalls auch die Voraussetzungen des engen zeitlichen Zusammenhanges „einer im Schrifttum vertretenen Meinung“ nicht erfüllt seien<sup>413</sup>. Hierdurch bekräftigt das OLG Stuttgart jedoch nicht die im Schrifttum vertretene Mindermeinung, sondern stellt fest, dass selbst die Voraussetzungen dieser Ansicht nicht erfüllt sind, so dass ein Streitentscheid dahinstehen kann.

**Daher kann eine Honorarvereinbarung über die jeweiligen Mindestsätze hinaus ausschließlich schriftlich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses getroffen werden.**

#### *1.6. Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers im Zeitpunkt der Auftragserteilung*

Aufgrund des zwingenden Erfordernisses, eine Honorarvereinbarung im Zeitpunkt der Auftragserteilung zu treffen, sind die Vertragsparteien angehalten, bereits zu diesem Zeitpunkt etwaige Mehraufwendungen wegen Bauablaufstörungen im Rahmen der Honorarbildung zu berücksichtigen. Da Bauablaufstörungen in einem solch frühen Stadium schwerlich vorauszusehen sind, sind die Honorarberechnungsparameter (hierzu ausführlich *Rdnr. 48 ff.*) daraufhin zu untersuchen, in welchem Umfang sie an die Aufwendungen des Auftragnehmers anknüpfen. Soweit dies der Fall wäre, würde sich das Honorar an die durch die Bauablaufstörungen verursachten erhöhten Aufwendungen anpassen.

---

<sup>410</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 29; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 14.

<sup>411</sup> Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/82, BauR 1985, 346.

<sup>412</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 25.

<sup>413</sup> Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/82, BauR 1985, 346.

1.6.1. *Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers bei der Höhe der anrechenbaren Kosten*

468 Die anrechenbaren Kosten werden aus den voraussichtlichen Baukosten des jeweiligen Bauvorhabens gebildet und sind abhängig davon, ob sie nach dem jeweiligen Leistungsbild anrechenbar sind, den Kostengruppen der DIN 276-1:2008-12 entsprechen und Teil der Kostenberechnung und damit im Zeitpunkt der Entwurfsplanung absehbar sind.

469 Die Aufwendungen des Auftragnehmers werden bei der Bildung der anrechenbaren Kosten grundsätzlich nicht berücksichtigt, bspw. finden erhöhte Aufwendungen im Rahmen der Objektüberwachung, die dadurch entstehen, dass ein Bauunternehmen wegen Anhäufung von Mängeln einer überdurchschnittlichen Bauüberwachung bedarf, keinen Eingang in die Honorarermittlung. Dies ist allenfalls mittelbar der Fall, wenn ein umfangreicheres Objekt zu höheren anrechenbaren Kosten führt. Dennoch führen Umstände, die zu Bauablaufstörungen und damit zu erhöhten Aufwendungen des Auftragnehmers führen, regelmäßig nicht zu einer Erhöhung der anrechenbaren Kosten. Denn Eingang in die Kostenberechnung finden nur die Baukosten, die im Zeitpunkt der Entwurfsplanung vorauszusehen sind. Waren Umstände nicht vorherzusehen, bspw. das Auffinden von Kampfmitteln, sind diese auch nicht im Rahmen der Kostenberechnung berücksichtigt worden.

1.6.2. *Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers bei der Bestimmung der Honorarzone*

470 Die Einordnung des Objektes in eine der Honorarzonen erfolgt anhand objektiver Kriterien des zu planenden und zu errichtenden Objektes. Je höher die Anforderungen des Objektes sind, desto höher ist die Honorarzone und desto größer ist der Honorarrahmen. Die Honorarzonen spiegeln daher den **durchschnittlichen Arbeitsaufwand des Auftragnehmers für die Leistungen im Hinblick auf das zu planende und zu errichtende Objekt** wieder. Wird das Objekt wegen erhöhten Anforderungen in eine höhere Honorarzone eingeordnet, soll der hierdurch zur Verfügung stehende erhöhte Honorarrahmen den erhöhten Arbeitsaufwand abdecken. Daher sind sämtliche Aufwendungen des Auftragnehmers im Zusammenhang mit den Anforderungen an das Objekt, die Einfluss auf die Bestimmung der Honorarzone haben, durch den Honorarrahmen abgedeckt. Um eine Doppelhonorierung zu vermeiden, können Gegenstand weiterer Honoraranprüche nur solche Umstände sein, die keinen Eingang in die Bestimmung der Honorarzone gefunden haben.

471 Häufige Ursache von Bauablaufstörungen sind Bodenverhältnisse, die in tatsächlicher Hinsicht von den Vorstellungen beider Parteien abweichen. Das Bewertungsmerkmal „Einbindung in die

Umgebung“, welche die Einordnung in eine höhere Honorarzone zulässt, umfasst die Bodenverhältnisse jedoch nicht, da dies einzig die um das Gebäude liegenden Baubereiche in ästhetischer und bauordnungsrechtlicher Hinsicht erfasst, wie städtebauliche und ökologische Gesichtspunkte sowie die annehmbare Eingliederung in die Landschaft im berechtigten Allgemeininteresse<sup>414</sup>. Erhöhte Aufwendungen durch einen von den tatsächlichen Vorstellungen der Parteien abweichenden Baugrund sind daher nicht durch die Bildung der Honorarzone abgegolten und können daher Gegenstand weiterer Honoraransprüche des Auftragnehmers sein.

#### 1.6.3. *Berücksichtigung der Aufwendungen des Auftragnehmers bei der Bestimmung des Honorarsatzes*

Bei der Entwicklung der Honorartafel für die Ursprungsfassung der HOAI im Jahre 1976 lag das sog. Pfarr-Gutachten zugrunde. Dieses Gutachten zur Einführung der HOAI basiert auf einer wissenschaftlichen Auswertung von Fragebögen an Architekten über den Aufwand für die bei abgeschlossenen Projekten getätigten Leistungen<sup>415</sup>. Hierdurch sollen übliche Störungen berücksichtigt sein, die zu einem gewissen Toleranzrahmen bei der Leistungszeit führen können, jedoch nicht darüber hinausgehende Aufwendungen bei Bauablaufstörungen<sup>416</sup>. Die Vertragsparteien können daher Mehraufwendungen aus Bauablaufstörungen bis zur Vereinbarung des Höchstsatzes abgelten. Soweit diese über den einschlägigen Honorarhöchstsatz nicht abgegolten werden können, müssen zur Erhöhung des Honorars über den Höchstsatz hinaus die weiteren Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI vorliegen (*Abschnitt III*). 472

Da die Parteien die Honorarvereinbarung gemäß § 7 Abs. 1 HOAI bei Auftragserteilung treffen müssen und die Parteien in diesem Zeitpunkt üblicherweise keine Kenntnisse von Bauablaufstörungen haben, können sie jedoch die aus Bauablaufstörungen folgenden Mehraufwendungen im Rahmen der Honorarbestimmung faktisch nicht berücksichtigen. Sollten die Parteien dennoch die bauablaufstörenden Umstände im Zeitpunkt der Auftragserteilung vorhergesehen und diese im Rahmen der Bestimmung des Honorars berücksichtigt haben, sind mit dem vereinbarten Honorar die aus der Bauablaufstörung folgenden Aufwendungen abgegolten<sup>417</sup>. 473

---

<sup>414</sup> Seifert, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 34 Rdnr. 13.

<sup>415</sup> Schramm/Schwenker, Rdnr. 231.

<sup>416</sup> Schwenker/Schramm, ZfIR 2005, 121, 127.

<sup>417</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

## 2. *Schriftform*

474 Für die Einhaltung der Schriftform gilt § 126 Abs. 1 BGB, wonach das Schriftstück eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen **von beiden Vertragsparteien unterzeichnet** werden muss.

475 Das Erfordernis der Schriftform bezieht sich ausschließlich auf die Honorarvereinbarung, so dass den Parteien offen steht die übrigen vertraglichen Regelungen ebenfalls schriftlich zu vereinbaren<sup>418</sup>.

## 3. *Im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze*

476 Nach § 7 Abs. 1 HOAI muss sich das von den Parteien schriftlich bei Auftragserteilung vereinbarte Honorar im Rahmen der durch die Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze halten (hierzu ausführlich *Rdnr. 48 ff.*). Unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 HOAI können die Mindestsätze unterschritten<sup>419</sup> und unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI die Höchstsätze überschritten werden.

## III. *Wirksame Überschreitung der Höchstsätze nach § 7 Abs. 4 HOAI*

477 Nach § 7 Abs. 4 HOAI können die Parteien bei ungewöhnlich lange dauernden Grundleistungen ein Honorar oberhalb der Höchstsätze vereinbaren.

### § 7

#### **Honorarvereinbarung**

(4) Die in dieser Verordnung festgesetzten Höchstsätze dürfen nur bei außergewöhnlichen oder ungewöhnlich lange dauernden Grundleistungen durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden. Dabei bleiben Umstände, soweit sie bereits für die Einordnung in die Honorarzonen oder für die Einordnung in den Rahmen der Mindest- und Höchstsätze mitbestimmend gewesen sind, außer Betracht.

---

<sup>418</sup> Eich zu Urteil des OLG Jena vom 09.01.2008 – 2 U 413/07, IBR 2009, 395; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen § 7 Rdnr. 15; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 50; Koeble, BauR 1977, 372, 375; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 46.

<sup>419</sup> Von einer Darstellung der Voraussetzungen einer Mindestsatzunterschreitung wird vorliegend abgesehen, da diese für weitere Ansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen nicht von Bedeutung ist.

Voraussetzung ist, dass das Honorar über den Höchstsätzen schriftlich und (auch wenn dies dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist, hierzu ausführlich *Rdnr. 488 ff.*) bei Auftragserteilung zu treffen ist. Dabei liegen ungewöhnlich lang dauernde Leistungen nur dann vor, **wenn unter Vergleich der gewöhnlichen mit der tatsächlich benötigten Zeitdauer des konkreten Bauvorhabens die tatsächliche Zeitdauer „weit“ und damit in erheblichem Maße (in etwa um 30 %) überschritten wird**. Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann jedoch kein Honorar beliebig über die Höchstsätze hinaus vereinbart werden, sondern nur im Verhältnis der tatsächlichen zur ursprünglich geplanten Zeitdauer.

#### *1. Vereinbarung eines Honorars oberhalb der Höchstsätze*

Voraussetzung ist zunächst die Vereinbarung eines Honorars oberhalb der Höchstsätze. Nicht 478 erforderlich ist, dass im Vertrag die Leistung als ungewöhnlich lange bezeichnet wird<sup>420</sup>.

Sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen, können die Vertragsparteien auch eine bestimm- 479 bare Vereinbarung durch Festlegung von Parametern treffen, aus denen sich die Honorarhöhe errechnen lässt und diese im Ergebnis die Höchstsätze überschreitet. Hierdurch kann die Honorarvereinbarung auch an bauablaufbezogene Umstände geknüpft werden, bei deren Eintritt sich das Honorar erhöht (hierzu ausführlich *Rdnr. 517 ff.*). Dies ist vor allem von Bedeutung, da **im Zeitpunkt der Auftragserteilung meist noch keine Anhaltspunkte über bauablaufstörende Umstände vorliegen** und die Vertragsparteien daher etwaige zusätzliche Honoraransprüche schwerlich beziffern können.

Nicht ausreichend ist, wenn die Parteien eine Einigung darüber treffen, dass sich der Auftragge- 480 ber nach Überschreitung einer festgelegten Regelbauzeit eine Erhöhung des Honorars über die Höchstsätze vorbehält<sup>421</sup>. Eine entsprechende Honorarvereinbarung ist unwirksam, da die Kriterien der Honorarbemessung im Zeitpunkt der Auftragserteilung feststehen müssen und in diesem Fall die Honorierung von dem Willen des Auftraggebers abhängt. Die Bestimmbarkeit ist jedoch Voraussetzung einer wirksamen Honorarvereinbarung, da ansonsten der Sinn und Zweck des § 7 HOAI, Honorarstreitigkeiten nach Auftragserteilung zu vermeiden. Dieser wäre verfehlt, käme es anlässlich einer Überschreitung der Regelbauzeit zu einer Auseinandersetzung im Hinblick auf weitere Honoraransprüche.

---

<sup>420</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 146.

<sup>421</sup> A. A. Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

## 2. *Schriftform*

481 Die Vereinbarung einer Honorarvereinbarung über den Höchstsätzen muss schriftlich erfolgen und damit den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB entsprechen (hierzu ausführlich *Rdnr. 474 ff.*).

## 3. *Ungewöhnlich lang dauernde Grundleistungen*

482 Ungewöhnlich lang dauernde Grundleistungen liegen vor, **wenn unter Vergleich der gewöhnlichen mit der tatsächlich benötigten Zeitdauer des konkreten Bauvorhabens die tatsächliche Zeitdauer „weit“ und damit in erheblichem Maße überschritten wird.** Da die Überschreitung der Höchstsätze ausschließlich der Einzelfallgerechtigkeit dient und somit nur in Ausnahmefällen<sup>422</sup> in Betracht kommt, sind diese Gesichtspunkte objektiv zu ermitteln und liegen außerhalb der Verfügungsbefugnis der Parteien<sup>423</sup>.

483 Da die tatsächliche Zeitdauer im Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht feststeht, kann die Wirksamkeit einer Überschreitung der Höchstsätze erst nach Abschluss der Leistungserbringung festgestellt werden (*ex tunc*). Die Vertragsparteien gehen somit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Risiko ein, dass die getroffene Honorarvereinbarung über die Höchstsätze hinaus unwirksam ist, sofern im Nachgang keine erhebliche Abweichung der gewöhnlichen von der tatsächlichen Zeitdauer festgestellt wird (zu den Folgen *Rdnr. 511 ff.*). Die Vereinbarung eines Honorars über den Höchstsätzen sollte daher optional für den Fall vereinbart werden, dass eine vereinbarte Regelbauzeit um einen bestimmten Zeitraum überschritten wird (hierzu ausführlich im *Rdnr. 496*).

### 3.1. *Feststellung der gewöhnlich benötigten Zeitdauer*

484 Festzustellen ist zunächst die gewöhnlich benötigte Zeitdauer. Diese ist abhängig von der Art der Aufgabe und richtet sich nach dem Schwierigkeitsgrad, dem notwendigen Arbeitsaufwand, sowie sonstigen für die Bewertung wesentlichen fachlichen Gesichtspunkten<sup>424</sup>.

### 3.2. *Feststellung der tatsächlichen Zeitdauer – erstmalige Berücksichtigung bauablaufstörender Umstände*

485 Anschließend ist die tatsächliche Zeitdauer festzustellen. Hierbei dürfen nach § 7 Abs. 4 Satz 2 HOAI Umstände, soweit sie bereits für die Einordnung in die Honorarzonen oder für die Einordnung in den Rahmen der Mindest- und Höchstsätze mitbestimmend gewesen sind,

---

<sup>422</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 9.

<sup>423</sup> Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 83; Matuschak, in: Irmeler § 7 Rdnr. 33; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 39.

<sup>424</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 9.

**nicht berücksichtigt werden.** Dies betrifft sowohl Umstände, die im Rahmen der Honorarzone Eingang gefunden haben, wie bspw. die gestalterische und konstruktive Anforderungen. Aber auch Umstände, die von den Vertragsparteien im Rahmen der Bestimmung des Honorars zwischen Mindest- und Höchstsatz berücksichtigt wurden.

### 3.3. *Vorliegen ungewöhnlich lang andauernder Leistungen*

Führen die verbleibenden Umstände, die weder in der Bestimmung der Honorarzone, noch im Rahmen des Honorarsatzes berücksichtigt wurden zu einer Abweichung der tatsächlichen von der gewöhnlichen Zeitdauer des Bauvorhabens, muss es sich infolge des Ausnahmecharakters einer Höchstsatzüberschreitung um eine weite Abweichung handeln. 486

Teilweise wird unter Berufung auf die Entscheidung des BGH vom 12.11.1964<sup>425</sup> vertreten, dass eine Zeitüberschreitung von 60 – 85 Prozent als so erheblich anzusehen sei, dass dem Auftragnehmer die Tragung der hierdurch entstandenen Mehraufwendungen nicht zugemutet werden könne<sup>426</sup>. Diese Rechtsprechung ist jedoch sachlich nicht einschlägig, da sie sich nicht auf eine Überschreitung der Höchstsätze nach § 7 Abs. 4 HOAI bezieht, sondern auf eine Anpassung des Honorars nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 242 BGB (nunmehr ausdrücklich in § 313 BGB normiert). Die Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage ist Ausdruck der Vertragsgerechtigkeit<sup>427</sup> und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Hierdurch soll verhindert werden, dass eine Partei an einen Vertrag gebunden wird, obwohl ihr aufgrund einer Veränderung der Umstände ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, bspw. wenn in solch erheblichem Maße Bauablaufstörungen eintreten, dass der Auftragnehmer erheblichen Verlust erleidet und insolvenzgefährdet ist (hierzu ausführlich *Rdnr. 847 ff.*). Da es sich hierbei um einen Ausnahmetatbestand von dem zivilrechtlichen Grundsatz handelt, wonach Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), kann dies **nur in extremen Ausnahmefällen** begründet sein. Dies rechtfertigt, dass eine Abweichung der tatsächlichen von der gewöhnlichen Zeitdauer von 60 – 85 % verlangt wird. Das Vorliegen ungewöhnlich lang dauernder Grundleistungen ist demgegenüber kein Ausdruck der Vertragsgerechtigkeit, sondern ein normierter Ausnahmetatbestand zur Begrenzung des Honorars auf die Höchstsätze und ist daher an geringeren Maßstäben zu orientieren. Diese richten sich jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, wobei zu berücksichtigen ist, dass die 487

---

<sup>425</sup> Urteil des BGH vom 12.11.1964 – VII ZR 11/63, Schäfer Finfern Z 3.01 Bl. 311; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 33.

<sup>426</sup> Preussner, BauR 2006, 203, 204.

<sup>427</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 2.

Überschreitung der Höchstsätze nach der HOAI auf Ausnahmefälle begrenzt werden soll<sup>428</sup>. Eine erhebliche Abweichung ist daher in etwa über 30 % der gewöhnlichen Leistungszeit anzunehmen. Unterhalb dieser Schwelle ist regelmäßig keine „erhebliche“ Überschreitung anzunehmen, sofern sich aus den Umständen des Einzelfalles nicht etwas anderes ergibt.

#### 4. *Zeitpunkt der Vereinbarung*

488 Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob die Vereinbarung eines Honorars über die Höchstsätze hinaus entsprechend § 7 Abs. 1 HOAI im Zeitpunkt der Auftragserteilung erfolgen muss oder auch im Nachhinein vorgenommen werden kann. Dies ist von besonderer Bedeutung für die honorarmäßige Berücksichtigung von Bauablaufstörungen, da die bauablaufstörenden Umstände oftmals erst im Laufe des Bauvorhabens und nicht bei Auftragserteilung zu erkennen sind.

489 § 7 Abs. 4 HOAI stellt nach seinem Wortlaut einzig darauf ab, dass ungewöhnlich lange dauernde Leistungen vorliegen, für die ein Honorar oberhalb der Höchstsätze schriftlich vereinbart wird. Anders als § 7 Abs. 1 HOAI bestimmt § 7 Abs. 4 HOAI nicht, dass diese Vereinbarung bei Auftragserteilung vorliegen muss. Daher wird vertreten, dass Abweichungen des Honorars von den Mindest- und Höchstsätzen auch nach Auftragserteilung getroffen werden können<sup>429</sup>. Hier- nach handle es sich bei den Vorschriften des § 7 Abs. 3 und 4 HOAI über die Abweichung von den Mindest- und Höchstsätzen um selbstständige Regelungen für den Fall nachträglicher Preis- änderungen<sup>430</sup>. Die Voraussetzung „bei Auftragserteilung“ könne von § 7 Abs. 1 HOAI nicht auf § 7 Abs. 4 HOAI übertragen werden<sup>431</sup>. Es gäbe keinen anderen Grund, weshalb § 7 Abs. 3 und 4 HOAI das Merkmal „bei Auftragserteilung“ nicht nenne, als den, dass diese zeitliche Be- schränkung nicht gegeben sein müsse<sup>432</sup>. Nach anderer Ansicht sei eine Vereinbarung über ein Honorar abweichend von den Höchstsätzen im Zeitpunkt der Auftragserteilung zu treffen<sup>433</sup>. § 7 Abs. 4 HOAI enthalte eine unselbstständige Regelung, die an den Fall des § 7 Abs. 1 HOAI an-

---

<sup>428</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 9.

<sup>429</sup> Bindhardt/Jagenburg, § 2 Rdnr. 7; Gross, BauR 1980, 9, 13, 16 ff.; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 96, 159; Koeble, BauR 1977, 372, 375.

<sup>430</sup> Gross, BauR 1980, 9, 13; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 96, 159.

<sup>431</sup> Gross, BauR 1980, 9, 16, 18 unter Verweis auf Neuenfeld, in: Neuenfeld/Baden/Dohna/Groscurth, § 1 Anm. 7, dem diese Aussage nicht zu entnehmen ist.

<sup>432</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 96.

<sup>433</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NZBau 2005, 322, 324; Urteil des BGH vom 09.07.1987 – VII ZR 282/86, NJW-RR 1987, 1374; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Ur- teil des BGH vom 06.05.1985 – VII ZR 320/84, NJW-RR 1986, 18; Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 85; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 168; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 994; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 40; Schwenker/Wessel, in: Messerschmidt/Voit, § 7 Rdnr. 14; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 30.



knüpfe, aus dem die erhebliche Bedeutung folge, die die HOAI dem Erfordernis der vorherigen, schriftlichen Vereinbarung beimesse<sup>434</sup>.

Der letzten Ansicht ist zuzustimmen, wonach die Vereinbarung eines Honorars über den Höchstätzen bei Auftragserteilung zu treffen ist. § 7 HOAI regelt abschließend die Honorarbestimmung der Grundleistungen im Anwendungsbereich der HOAI. Dessen Absätze sind nicht getrennt voneinander, sondern in systematischer Hinsicht zu werten. Hierbei ist vor allem die vom Verordnungsgeber vorgenommene Normierungsreihenfolge, die er überwiegend vom Gesetzgeber der Ermächtigungsnorm übernommen hat, von Bedeutung. § 7 Abs. 1 HOAI bestimmt, dass Honorarvereinbarungen ausschließlich schriftlich bei Auftragserteilung und grundsätzlich im Rahmen des Mindest- und Höchstsatzrahmens vereinbart werden können. § 7 Abs. 3 HOAI lässt in Ausnahmefällen eine Unterschreitung des Mindestsatzes durch schriftliche Vereinbarung zu, wobei ebenfalls nach dem Wortlaut nicht auf den Zeitpunkt der Auftragserteilung abgestellt wird. In den Fällen außergewöhnlicher oder ungewöhnlich lange dauernder Grundleistungen können nach § 7 Abs. 4 HOAI die Höchstsätze durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden. § 7 Abs. 5 HOAI rundet diese Regelungen ab, wonach bei unterbliebener schriftlicher Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung die Vereinbarung der Mindestsätze unwiderleglich vermutet werden. § 7 Abs. 5 HOAI erfasst daher alle Fälle, in denen die Beteiligten nicht schon bei Vertragsschluss schriftlich eine nach § 7 Abs. 1, 3 und 4 zulässige Honorarvereinbarung getroffen haben<sup>435</sup>. Die **Anordnung der Schriftform in Absatz 3 und 4 dient lediglich der Klarstellung**. Würde es sich hierbei um nachträgliche Preisänderungen handeln, müssen sie systematisch hinter Absatz 5 angesiedelt sein. Auch sind den Verordnungsmaterialien keine Anhaltspunkte für nachträgliche Honorarvereinbarungen zu entnehmen. Vielmehr wird hierbei der Zweck der Norm betont, Unklarheiten und hieraus folgende Streitigkeiten der Parteien zu vermeiden. Würde § 7 Abs. 4 HOAI nicht die Vereinbarung bei Auftragserteilung voraussetzen, könnten während der Vertragsausführung Honorarverhandlungen, nachträglich angepasst werden. Der Auftragnehmer wäre durch die Regelung des § 7 Abs. 4 HOAI verleitet, unter Begründung von bauzeitverlängernden Umständen über einen höheren Honoraranspruch zu verhandeln. Hieraus können Honorarstreitigkeiten entstehen, die der Verordnungsgeber ausdrücklich verhindern wollte. Eine Honorarvereinbarung mit der die Höchstsätze überschritten werden sollen, ist daher im Zeitpunkt der Auftragserteilung zu treffen.

---

<sup>434</sup> Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

<sup>435</sup> Urteil des BGH vom 09.07.1987 – VII ZR 282/86, NJW-RR 1987, 1374; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des BGH vom 06.05.1985 – VII ZR 320/84, NJW-RR 1986, 18; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 168; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 40.

## 5. *Umfang der Überschreitung des Höchstsatzes*

491 Aus dem vom Verordnungsgeber betonten Ausnahmecharakter der Norm sowie das Abstellen  
auf sämtliche Möglichkeiten einer honorarmäßigen Berücksichtigung der Zeitdauer<sup>436</sup> ergibt  
sich, dass die Höchstsätze nicht beliebig überschritten werden können<sup>437</sup>. Ansonsten würde in  
diesen Fällen den Vertragsparteien ein Freibrief gewährt werden, bei Vorliegen der Vorausset-  
zungen, das Honorar beliebig über den Höchstsätzen zu vereinbaren.

492 Um dies zu verhindern, wird das Höchsthonorar für die gewöhnliche Zeitdauer ins Verhältnis zur  
verlängerten Zeitdauer gesetzt, so dass die Überschreitung des Höchsthonorars nach oben hin  
begrenzt ist.

493 Berechnet wird das den Höchstsatz überschreitende Honorar ( $H_{HS_{max}}$ ) nach folgender Berech-  
nungsformel<sup>438</sup>:

$$H_{HS_{max}} = H_{HS} * \frac{H_{HS} * GL * BZ_z}{BZ_v}$$

|          |   |                                                                                  |              |
|----------|---|----------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| $H_{HS}$ | = | Höchstsatz des Honorars                                                          | [in €]       |
| $GL$     | = | Umfang der vereinbarten Grundleistungen<br>der Leistungsphase der Bauüberwachung | [= %]        |
| $BZ_z$   | = | zusätzliche Bauzeit über die vereinbarte<br>Bauzeit hinaus                       | [in Monaten] |
| $BZ_v$   | = | vereinbarte Bauzeit                                                              | [in Monaten] |

494 **Beispiel:** Die Parteien vereinbaren die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 8 für ein Ge-  
bäude mit anrechenbaren Kosten von 500.000,00 €, welches der Honorarzone 3 angehört. Zu-  
sätzlich vereinbaren die Parteien eine Bauausführungszeit von 24 Monaten, die tatsächlich um 12  
Monate überschritten wurde.

Berechnung des Beispiels:

$$H_{HS_{max}} = 78.449,00 \text{ €} * \frac{78.449,00 \text{ €} * 0,32 * 12}{24}$$

$$H_{HS_{max}} = 91.000,84 \text{ €}$$

Die Parteien können bei einer Überschreitung der vereinbarten Bauzeit um 12 Monate ein Ge-  
samthonorar bis zu 91.000,84 € vereinbaren.

---

<sup>436</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 9.

<sup>437</sup> im Ergebnis auch Gross, BauR 1980, 9, 18 f.; a. A. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik § 7 Rdnr. 150;  
Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 39.

<sup>438</sup> Formel gekürzt und angepasst an die Vorschriften der HOAI 2013 entsprechend Gross, BauR 1980, 9, 18 f.

In diesem Beispielfall kann ein Honorar über dem Höchstsatz ab einer Überschreiten der vereinbarten Bauzeit um 7,2 Monate (30 %) vereinbart werden. 495

#### 6. *Empfehlung einer Vertragsklausel*

Unter Bezugnahme auf die vorherigen Ausführungen ist folgende Vertragsklausel zu empfehlen: 496

*„Die Zeit für die Vertragserfüllung bis zum Abschluss der Leistungsphase 8 bestimmen die Parteien mit xxx Monaten ab xx.xx.xxxx. Verlängert sich die Bauzeit um mehr als 3 Monate, ohne dass der Auftragnehmer dies zu vertreten hat, steht diesem bis zum Erreichen des Höchstsatzhonorars ein zusätzliches Honorar für die 3 Monate übersteigende Verlängerungszeit zu, das sich wie folgt berechnet:*

$$H_{HS_{max}} = H_{HS} * \frac{H_{HS} * GL * BZ_z}{BZ_v}$$

|          |   |                                                                               |              |
|----------|---|-------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| $H_{HS}$ | = | Höchstsatz des Honorars                                                       | [in €]       |
| $GL$     | = | Umfang der vereinbarten Grundleistungen der Leistungsphase der Bauüberwachung | [= %]        |
| $BZ_z$   | = | zusätzliche Bauzeit über die vereinbarte Bauzeit hinaus                       | [in Monaten] |
| $BZ_v$   | = | vereinbarte Bauzeit                                                           | [in Monaten] |

*Verzögert sich die Vertragsausführung um mehr als ein Drittel der veranschlagten Zeit, entfällt die Begrenzung auf das Höchstsatzhonorar.“*

#### IV. *Folgen einer unwirksamen Honorarvereinbarung*

Schließen die Vertragsparteien keine wirksame Honorarvereinbarung nach den zuvor genannten Maßstäben, bestimmt § 7 Abs. 5 HOAI, dass unwiderleglich die Mindestsätze Anwendung finden. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung ist nach den Regelungen der HOAI von entscheidender Bedeutung, so dass nachträgliche Honorarvereinbarungen grundsätzlich unzulässig sind (*Abschnitt 1*). Eine Ausnahme besteht einzig für Mehrleistungen nach § 10 HOAI sowie Vergleichsvereinbarungen, die nach vollständiger Erbringung der Vertragsleistungen geschlossen werden (*Abschnitt 2*). Bei Honorarvereinbarungen, wonach ein Honorar über den Höchstsätzen vereinbart wird, ohne dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI erfüllt sind, besteht die Besonderheit, dass der jeweilige Höchstsatz gilt (*Abschnitt 3*). 497

##### 1. *Unzulässigkeit von Änderung des Honorars nach Vertragsschluss*

Nach Vertragsschluss getroffene Honorarvereinbarungen sind grundsätzlich unwirksam. Dies betrifft sowohl den Fall, dass die Vertragsparteien bei Auftragserteilung keine wirksame Hono-

rarvereinbarung getroffen haben, als auch den Fall, in dem sie eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen haben und hiervon nachträglich abweichen möchten.

### *1.1. Nachträgliche Honorarvereinbarung*

498 Teilweise wird vertreten, dass die Vertragsparteien auch nach Vertragsschluss eine wirksame Honorarvereinbarung, abweichend von dem nach § 7 Abs. 5 HOAI geltenden Mindestsatz, vereinbaren können, sofern sich die Vereinbarung im Rahmen des einschlägigen Mindest- und Höchstsatzes hält<sup>439</sup>. Dies wird damit begründet, dass sich aus § 7 Abs. 5 HOAI und den verordnungsgeberischen Erwägungen nicht ergebe, dass die Rechtssituation weiter eingeschränkt werden solle<sup>440</sup>. Ein entsprechender Wille des Verordnungsgebers hätte im Wortlaut deutlich zum Ausdruck kommen müssen, hierin aber keinen Niederschlag gefunden<sup>441</sup>.

499 Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Nach der Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und § 2 Abs. 3 Nr. 3 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architekturleistungen, die wortgleich ihren Niederschlag in § 7 Abs. 5 HOAI gefunden hat, gelten die Mindestsätze als unwiderrleglich vereinbart, sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart wurde. Gesetz- und Verordnungsgeber haben somit ausdrücklich geregelt, dass das **Versäumnis der Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung nicht korrigiert werden kann**. Einer (negativen) Regelung, wonach im Nachgang an den Zeitpunkt der Auftragserteilung keine Honorarvereinbarung getroffen werden kann, bedarf es nicht, da § 7 Abs. 5 HOAI bereits eine (positive) Regelung dahingehend enthält, dass bei fehlender wirksamer Honorarvereinbarung im Zeitpunkt der Auftragserteilung die Mindestsätze Anwendung finden. Vielmehr hätte eine Ausnahme von dieser Regelung normiert werden müssen, um die zuvor genannte Ansicht zu stützen.

500 Zudem wird die genannte Mindermeinung auf die Regelungen der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB gestützt, wonach für den Fall, dass eine Vergütung nicht bestimmt ist, die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Hierzu sei anerkannt, dass eine solche Vergütung unter dem Vorbehalt einer zu einem späteren Zeitpunkt vereinbarten Änderung der Parteien stehe<sup>442</sup>. Hierbei wird verkannt, dass die HOAI für den Fall, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss keine Honorarvereinbarung treffen eine spezielle Regelung in § 7 Abs. 5 HOAI enthält, welche

---

<sup>439</sup> Gross, BauR 1980, 9, 12 f.; Bindhardt/Jagenburg, § 2 Rdnr. 7 f.

<sup>440</sup> Gross, BauR 1980, 9, 13.

<sup>441</sup> Gross, BauR 1980, 9, 13.

<sup>442</sup> Gross, BauR 1980, 9, 13.

die Anwendung der Mindestsätze bestimmt. Hierdurch wird die Regelung des § 632 Abs. 2 BGB verdrängt<sup>443</sup>.

Von Bedeutung ist auch in diesem Zusammenhang die Begründung des Referentenentwurfs der HOAI 1976, wonach die zeitliche Einschränkung der Vertragsfreiheit auf dem Normzweck beruht, spätere Unklarheiten und Streitigkeiten zu vermeiden<sup>444</sup> und daher ausdrücklich das Versäumnis einer schriftlichen Honorarvereinbarung bei Vertragsschluss preisrechtlich nicht mehr korrigierbar sein soll<sup>445</sup>. Aus diesem Grund verwarf die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren den Vorschlag des Bundestages, die Ermächtigung zum Erlass der HOAI dahin zu erweitern, dass eine Abweichung von den Mindestsätzen noch nach Vertragsschluss zulässig sein sollte<sup>446</sup>. Der Regelungszweck des § 7 Abs. 1 und 5 HOAI schließt damit sämtliche Vertragsänderungen aus, die nur die Höhe des Honorars für einen noch nicht erledigten Auftrag betreffen und insoweit die Fiktion des § 7 Abs. 5 HOAI außer Kraft setzen sollen<sup>447</sup>. Könnten die Parteien sämtliche bei Auftragserteilung versäumten Honorarvereinbarungen im Anschluss nachholen, würde der Wille des Verordnungsgebers konterkariert und die Vorschrift des § 7 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 HOAI obsolet werden.

Demzufolge ist **eine nach dem Zeitpunkt der Auftragserteilung geschlossene Honorarvereinbarung nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 5 HOAI unwirksam**, so dass der Auftraggeber über die Mindestsätze gezahltes Honorar nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückfordern kann.

Die Unwirksamkeit gilt auch für **Umgebungsgeschäfte**, z. B. im Falle einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung und einem anschließenden erneuten Vertragsschlusses, der sich einzig im Zwecke der Umgehung der Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI erschöpft<sup>448</sup>.

### *1.2. Änderung wirksamer Honorarvereinbarungen*

Fraglich ist ebenfalls, ob die HOAI die Änderung einer nach § 7 Abs. 1 HOAI wirksam getroffenen Honorarvereinbarung zulässt. Hierdurch könnte bei Eintritt von Bauablaufstörungen eine nachträgliche Anpassung der Honorarhöhe erfolgen.

---

<sup>443</sup> Jochem, § 7 Rdnr. 89; Sprau, in: Palandt, § 632 Rdnr. 14, 19.

<sup>444</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 8.

<sup>445</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 10.

<sup>446</sup> BT-Drucks. VI/1549, S. 31.

<sup>447</sup> Urteil des BGH vom 21.01.1988 – VII ZR 239/86, NJW-RR 1988, 725; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des BGH vom 06.05.1985 – VII ZR 320/84; NJW-RR 1986, 18; Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/83, BauR 1985, 346, 347; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 28.

<sup>448</sup> Urteil des OLG Stuttgart vom 19.06.1984 – 10 U 245/83, BauR 1985, 346, 347.

505 Teilweise wird dies bejaht<sup>449</sup>. Hiernach beschränke sich § 7 Abs. 5 HOAI auf eine preisrechtlich nicht mehr abänderbare Sanktion für den Fall, dass die Parteien bei Auftragserteilung keine schriftliche Honorarvereinbarung treffen<sup>450</sup>. Dies folge bereits aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 5 HOAI, wonach die Mindestsätze unwiderleglich vermutet werden, sofern nicht bei Auftragserteilung „etwas anderes“ vereinbart wurde<sup>451</sup>. Auch habe der Ordnungsgeber in seiner Begründung zu § 7 HOAI lediglich geäußert, dass das **Versäumnis einer Honorarvereinbarung** im Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht mehr korrigierbar sei<sup>452</sup>. Dem stünde die Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 HOAI nicht entgegen, da ihr durch die ursprüngliche Vereinbarung bei Auftragserteilung genüge getan worden sei und derjenige, der eine wirksame Honorarvereinbarung getroffen habe, wisse, dass er sich nicht auf eine Abänderung einlassen müsse<sup>453</sup>.

506 Dieser Ansicht kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Sie berücksichtigt nicht die Wertung des § 7 Abs. 1 HOAI, wonach eine Honorarvereinbarung nur schriftlich im Zeitpunkt der Auftragserteilung getroffen werden kann. In Kombination mit § 7 Abs. 5 HOAI, wonach unwiderleglich die Mindestsätze gelten, sofern keine wirksame Honorarvereinbarung getroffen wurde, lassen diese Normen keine nachträgliche Veränderung des Honorars zu. Dies wird auch gestützt von dem Willen des Ordnungsgebers Unklarheiten und Streitigkeiten der Vertragsparteien über das Honorar zu vermeiden<sup>454</sup>. Stünde den Vertragsparteien die nachträgliche Änderung einer bei Auftragserteilung getroffenen Honorarvereinbarung zu, könnte dies den Auftragnehmer veranlassen, durch ein besonders niedriges Angebot die Beauftragung zu erhalten, in dem Bewusstsein, zu einem späteren Zeitpunkt weitere Honorarverhandlungen mit dem Auftraggeber führen zu können. Auch wenn eine Honoraränderung von der Zustimmung des Auftraggebers abhängt, führt diese Möglichkeit bereits zu einem erheblichen Streitpotential, da der Auftraggeber unter Begründung von Kostensteigerungen bestrebt sein könnte, eine Änderung der Honorarvereinbarung herbeizuführen. Schließlich **erhöht sich das Streitpotential durch die im Laufe der Auftragsausführung stetig zunehmenden gegenseitigen Abhängigkeiten**. Der **Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 HOAI** kann nur genüge getan werden, wenn Honorarvereinbarungen ausschließlich bei Auftragserteilung getroffen werden und nicht abgeändert werden können.

---

<sup>449</sup> Gross, BauR 1980, 9, 12 ff.; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 77 f.; Motzke, BauR 1982, 320.

<sup>450</sup> Motzke, BauR 1982, 318, 319.

<sup>451</sup> Gross, BauR 1980, 9, 19; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 78; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 34.

<sup>452</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 10; Motzke, BauR 1982, 318, 320.

<sup>453</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 78.

<sup>454</sup> BT-Drucks. 270/76 S. 8.

## 2. Zulässige nachträgliche Honorarvereinbarungen

Nachträgliche Abweichungen einer wirksamen Honorarvereinbarung oder dem nach § 7 Abs. 5 HOAI geltenden Mindestsatz sind nur bei Mehrleistungen nach § 10 HOAI zulässig (hierzu ausführlich *Rdnr. 102 ff.*) oder wenn die Vertragsparteien nach Abschluss sämtlicher Leistungen eine Vergleichsvereinbarung schließen.

Nach der überwiegenden Meinung kann eine erneute Vereinbarung über die Honorarhöhe nach 507 Auftragserteilung nur **nach Beendigung der Architekten- bzw. Ingenieur Tätigkeit in Form eines außergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleichs** getroffen werden<sup>455</sup>. Dies folgt daraus, dass in diesem Fall das Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 und 5 HOAI nicht tangiert wird<sup>456</sup>, wonach Unklarheiten über das Honorar sowie daraus folgende Streitigkeiten vermieden werden sollen<sup>457</sup>. Denn nach Beendigung der Tätigkeit bestehen keine Abhängigkeiten der Parteien mehr, die zu Streitigkeiten der Parteien führen und die Ausführung des Auftrags gefährden könnten<sup>458</sup>.

Auch besteht nach Beendigung der Leistungen keine Notwendigkeit mehr für eine Bindung an 508 die Mindestsätze<sup>459</sup>. Diesbezüglich greift der Schutzzweck des § 7 Abs. 1 und 5 HOAI nicht mehr ein, da der Mindestsatz der Verhinderung eines ruinösen Wettbewerbs dient<sup>460</sup> und nach Ausführung des Auftrages keine Konkurrenzsituation für den Auftragnehmer mehr besteht<sup>461</sup>.

---

<sup>455</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 169/02, ZfBR 2003, 367, 368; Urteil des BGH vom 21.06.2001 – VII ZR 435/99, NZBau 2001, 572, 573; Urteil des BGH vom 09.07.1987 – VII ZR 282/86, NJW-RR 1987, 1374; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des OLG Brandenburg vom 11.12.2007 – 11 U 116/07, Abschnitt III Nr. 3; Urteil des OLG Naumburg vom 16.05.2002 – 7 U 50/01, NZBau 2003, 44; Urteil des OLG Düsseldorf vom 01.09.1999 – 5 U 267/98, NJW-RR 2000, 312, 314; Urteil des OLG Düsseldorf vom 10.03.1998 – 21 U 99/97, NJW-RR 1998, 1099; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.01.1987 – 22 U 196/86, BauR 1987, 348; Urteil des OLG Düsseldorf vom 16.12.1986 – 23 U 108/86, BauR 1987, 587; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 19.

<sup>456</sup> Urteil des BGH vom 09.07.1987 – VII ZR 282/86, NJW-RR 1987, 1374; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des BGH vom 06.05.1985 – VII ZR 320/84, NJW-RR 1986, 18; Urteil des OLG Brandenburg vom 11.12.2007 – 11 U 116/07, Abschnitt III Nr. 3; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.01.1987 – 22 U 196/86, BauR 1987, 348, 349; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 91.

<sup>457</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 8.

<sup>458</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 01.09.1999 – 5 U 267/98, NJW-RR 2000, 312, 314 f.; Urteil des OLG Hamm vom 16.01.1998 – 12 U 74/97, NJW-RR 1998, 811, 813; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Schwenker/Wessel, in: Messerschmidt/Voit, § 7 Rdnr. 18.

<sup>459</sup> Urteil des BGH vom 06.05.1985 – VII ZR 320/84, NJW-RR 1986, 18; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.01.1987 – 22 U 196/86, BauR 1987, 348, 349.

<sup>460</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 169/02, ZfBR 2003, 367, 368; Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.01.1987 – 22 U 196/86, BauR 1987, 348, 349; BT-Dr. 10/1562, S. 5.

<sup>461</sup> Urteil des BGH vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, NJW-RR 1987, 13; Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.01.1987 – 22 U 196/86, BauR 1987, 348, 349 unter Verweis auf BT-Drucks. 10/1562, S. 5, dem die entsprechenden Ausführungen nicht zu entnehmen sind.

Unter diesen Gesichtspunkten ist eine Vergleichsvereinbarung nach Abschluss der Leistungen auch billig. Denn ansonsten würde den Parteien gänzlich die Möglichkeit einer vergleichsweise Einigung genommen werden, bei der es sich nach § 779 BGB um eine Vereinbarung handelt, durch die ein Streit oder eine Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird und daher nicht ausschließlich eine Vereinbarung über die Höhe des Honorars, sondern auch andere Vertragsbestandteile umfassen kann<sup>462</sup>.

509 Unter Beachtung der Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 und 5 HOAI liegt eine **Beendigung der Tätigkeit** vor, wenn der Vertrag bereits so weit erfüllt ist, dass kein Streit mehr über die Mangelfreiheit der Architektenleistung entstehen kann<sup>463</sup>. Streitigkeiten über die Architektenleistung können während der Leistungserbringung, in dessen Anschluss und selbst nach Abnahme der Leistung vorliegen. Diese können erst dann nicht mehr entstehen, wenn alle vertraglich geschuldeten Leistungen vollendet sind, das Werk abgenommen wurde und zwischen den Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Vergütungsvereinbarung kein Streit darüber besteht, ob das Werk mangelfrei ist<sup>464</sup>. Hat der Auftragnehmer auch die Leistungen, die in der Leistungsphase 9 beschrieben sind, vertraglich übernommen, so müssen auch diese Leistungen erbracht werden<sup>465</sup>. Davon betroffen ist insbesondere die Überwachung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen während der Gewährleistungsfristen der Bauunternehmen. Das bedeutet, dass die Gewährleistungsfristen der Bauunternehmen abgelaufen sein müssen<sup>466</sup>. Die Parteien können in diesem Fall nur dann einen Vergleich nach Abschluss der Leistungsphase 8 treffen, wenn für die von dem Vergleich betroffenen Leistungsphasen eine Teilabnahme stattgefunden hat. Wobei zu beachten ist, dass der Auftragnehmer nur im Falle einer vertraglichen Vereinbarung einen Anspruch auf Teilabnahme hat<sup>467</sup>.

510 Ein nach der Beendigung der Leistung einzuhaltender zeitlicher Abstand zwischen zum Vergleichsabschluss ist hingegen nicht erforderlich<sup>468</sup>.

---

<sup>462</sup> Urteil des BGH vom 25.09.1986 - VII ZR 324/95, NJW-RR 1987, 13.

<sup>463</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 - VII ZR 169/02, ZfBR 2003, 367, 368; Urteil des OLG Brandenburg vom 11.12.2007 - 11 U 116/07, Abschnitt III Nr. 3.

<sup>464</sup> Urteil des BGH vom 27.02.2003 - VII ZR 169/02, ZfBR 2003, 367, 368; Schwenker/Wessel, in: Messerschmidt/Voit, § 7 Rdnr. 18.

<sup>465</sup> Urteil des BGH vom 10.02.1994 - VII ZR 20/93, NJW 1994, 1276, 1277.

<sup>466</sup> Urteil des OLG Köln vom 19.12.1991 - 18 U 92/91, BauR 1992, 803; Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22.02.1984 - 7 U 58/83, BauR 1985, 469.

<sup>467</sup> Urteil des BGH vom 10.02.1994 - VII ZR 20/93, NJW 1994, 1276, 1278.

<sup>468</sup> Urteil des BGH vom 21.06.2001 - VII ZR 435/99, NZBau 2001, 572, 573.



### 3. *Unzulässige Überschreitung der Höchstsätze*

Haben die Parteien eine schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen, welche die Höchstsätze der Honorartafel überschreitet, ist streitig, ob die Honorarvereinbarung gänzlich unwirksam ist, so dass nach § 7 Abs. 5 HOAI die Mindestsätze Anwendung finden, oder ob das Honorar auf die Höchstsätze reduziert wird. 511

Einigkeit besteht dahingehend, dass die Vereinbarung der Höchstsätze ohne Erfüllung der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher nichtig gemäß § 134 BGB ist<sup>469</sup>. Auch besteht Konsens darüber, dass nicht der gesamte Architekten- und Ingenieurvertrag von der Nichtigkeitsfolge erfasst ist<sup>470</sup>. Streit besteht ausschließlich hinsichtlich der honorarrechtlichen Folgen der Unwirksamkeit. 512

Teilweise wird vertreten, dass die Honorarvereinbarung als Teil des Architekten- und Ingenieurvertrags teilnichtig gemäß § 139 Hs. 1 BGB wäre, so dass die nichtige Honorarvereinbarung nach § 140 BGB in eine wirksame umzudeuten sei<sup>471</sup>. Die hiernach wirksame Honorarvereinbarung umfasse das Honorar, dass die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit vereinbart hätten. Der überwiegende Teil dieser Meinung vertritt, dass die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit zumindest die Höchstsätze vereinbart hätten<sup>472</sup>. Nach anderer Ansicht sei völlig offen, was bei Kenntnis der Nichtigkeit von den Parteien gewollt sei<sup>473</sup>. Vielmehr entspreche die Vereinbarung des Höchstsatzes nicht ohne Weiteres dem Willen des Auftraggebers<sup>474</sup>. Die unwirksame Honorarvereinbarung spreche für die fehlende Kenntnis des Auftraggebers von den Grundsätzen des § 7 HOAI und gegen eine einschlägige Beratung durch den Auftragnehmer, so dass dieser den Nachweis zu erbringen habe, dass der Auftraggeber über die Grundsätze des § 7 HOAI aufgeklärt war und folglich – als Minus – mindestens die Geltung der Höchstsätze gewollt hätte<sup>475</sup>. 513

---

<sup>469</sup> Urteil des BGH vom 11.10.2007 – VII ZR 25/06, NZBau 2008, 65; Urteil des BGH vom 09.11.1989 – VII ZR 252/88, NJW-RR 1990, 276; Deckers, BauR 2008, 1801; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 88; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 140; Koeble, BauR 1977, 372, 377; Matuschek, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 34.

<sup>470</sup> Deckers, BauR 2008, 1801, 1804; Koeble, BauR 1977, 372, 377; Matuschek, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 34.

<sup>471</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 115; Urteil des KG Berlin vom 29.09.1989 – 15 U 327/89, NJW-RR 1990, 91; Budde, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 22 Rdnr. 42; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 177; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 140 f.; Pott/Dahlhoff/Wirth/Kuffer, § 7 Rdnr. 52; Weyer, Die Beratungspflichten des Architekten – insbesondere rechtliche und wirtschaftliche Beratung vor Vertragsschluss und während der Leistungsphasen 1 – 4, BauR 1987, 131, 140.

<sup>472</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 115; Urteil des KG Berlin vom 29.09.1989 – 15 U 327/89, NJW-RR 1990, 91; Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 7 Rdnr. 91; Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 177; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 141.

<sup>473</sup> Weyer, BauR 1987, 131, 141.

<sup>474</sup> Weyer, BauR 1987, 131, 141.

<sup>475</sup> Weyer, BauR 1987, 131, 141.

- 514 Sofern eine Anwendung des § 140 BGB angenommen werden kann, nehmen beide Ansichten eine unzulässige Umdeutung vor. Denn in diesem Fall wären die Umstände des Einzelfalles danach zu untersuchen, welche Vereinbarung die jeweiligen Parteien getroffen hätten<sup>476</sup>. Die vorgenannten Ansichten widersprechen dem, indem sie ohne Bezug zum jeweiligen Einzelfall den vermeintlichen Willen der Vertragsparteien pauschal deuten. Tatsächlich kann ohne nähere Beurteilung des Einzelfalles nicht angenommen werden, ob sie die Höchstsätze vereinbart hätten oder nicht.
- 515 Nach überwiegender Ansicht wird demgegenüber von der Nichtigkeit der Vereinbarung gemäß § 134 Hs. 2 BGB ausgegangen, wonach nicht die gesamte Honorarabrede der Parteien nichtig ist, sondern nur der Teil, der über die Höchstsätze hinausgeht (sog. geltungserhaltende Reduktion)<sup>477</sup>. Diese entspricht auch der zivilrechtlichen Dogmatik, welche die Regeln über die Folgen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften in verschiedenen Stufen aufgebaut. Basis ist die Regelung des § 134 BGB, wonach der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Dies jedoch nur insoweit – so § 134 Hs. 2 BGB – als die Nichtigkeit vom verletzten Gesetz erfasst sein soll. Bevor das gesamte Rechtsgeschäft die Nichtigkeitsfolge ereilt, hat somit eine Auslegung danach zu erfolgen, ob der Verstoß nach Sinn und Zweck der jeweils verletzten Norm die Anordnung der zivilrechtlichen Nichtigkeit des gesamten Geschäfts gebietet<sup>478</sup>. Denn die Nichtigkeit kann nicht weiter reichen, als die tatbestandliche Erfüllung des Verbotsgesetzes<sup>479</sup>. Dies vor allem, da die HOAI nicht die Intention hat, die gesamte Honorarvereinbarung, sondern lediglich Honorarvereinbarungen in bestimmter Höhe für unwirksam zu erklären<sup>480</sup>. Schließlich untersagt § 7 Abs. 4 HOAI nicht die Vereinbarung des Höchstsatzes, unabhängig von den Beweggründen der Parteien. Da hier die Rechtsanwendung zu dem Ergebnis kommt, dass lediglich eine Teilnichtigkeit vorliegt, wodurch der von der Nichtigkeit nicht erfasste Teil aufrecht erhalten werden soll, verbietet sich bereits die von der zuvor genannten Ansicht vorgenommene Umdeutung nach § 139 BGB<sup>481</sup>. Es kommt daher auf den hypothetischen Par-

---

<sup>476</sup> Deckers, BauR 2008, 1801, 1804 Fn. 26.

<sup>477</sup> Urteil des BGH vom 11.10.2007 – VII ZR 25/06, NZBau 2008, 65; Urteil des BGH vom 09.11.1989 – VII ZR 252/88, NJW-RR 1990, 276; Deckers, BauR 2008, 1801, 1804; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1000; Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 Rdnr. 269; Schwenker/Wessel, in: Messerschmidt/Voit, § 7 Rdnr. 4; Irmeler, § 7 Rdnr. 34; Werner/Pastor, Rdnr. 776.

<sup>478</sup> Ellenberger, in: Palandt, § 134 Rdnr. 6, 7, 13; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 134 Rdnr. 2.

<sup>479</sup> Urteil des BGH vom 11.10.2007 – VII ZR 25/06, NZBau 2008, 65.

<sup>480</sup> Deckers, BauR 2008, 1801, 1804.

<sup>481</sup> Urteil des BGH vom 16.12.1999 – IX ZR 117/99, NJW 2000, 1333, 1335; Ellenberger, in: Palandt, § 139 Rdnr. 18; Hefermehl, in: Soergel, § 139 Rdnr. 49.

teiwillen nicht an<sup>482</sup>, so dass sich im Falle einer unwirksamen Höchstsatzüberschreitung das Honorar auf den Höchstsatz begrenzt.

Den Vertragsparteien ist dazu zu raten, dass sie für den **Fall einer unzulässigen Überschreitung der Höchstsätze eine Deckelung auf den Höchstsatz vereinbaren.** 516

C. Vertragliche Vereinbarungen über Bauablaufstörungen

Neben einer Abgeltung von Mehraufwendungen aus Bauablaufstörungen im Rahmen der Honorarvereinbarung können die Vertragsparteien auch eine ergänzende vertragliche Vereinbarung über die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruchs (*Abschnitt I*) oder die Verpflichtung zur Vereinbarung einer Honoraranpassung (*Abschnitt II*) treffen. Zur Vermeidung von Wiederholungen werden im Folgenden die Wirksamkeit der Klauseln (*Abschnitt III*), die Voraussetzungen der vertraglichen Ansprüche (*Abschnitt IV*), der Anspruchsumfang (*Abschnitt V*) sowie die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast (*Abschnitt VI*) gemeinsam dargestellt und auf die jeweiligen Unterschiede Bezug genommen. 517

I. Vereinbarungen eines Aufwendungsersatzanspruchs

Vereinbarungen eines Aufwendungsersatzanspruchs bestimmen für den Fall der Überschreitung der Regelbauzeit (teilweise zzgl. eines weiteren Zeitrahmens) einen Anspruch auf Erstattung der notwendigen Mehraufwendungen. 518

Klauselbeispiel 1<sup>483</sup>: 519

*„Dem Ingenieur werden dann, wenn die nach § x zu vereinbarende Frist durch Umstände, die der Auftraggeber zu vertreten hat, um mehr als 10 % überschritten wurde, die darüber hinaus entstandenen notwendigen Aufwendungen auf Nachweis zusätzlich erstattet.“*

Klauselbeispiel 2<sup>484</sup>: 520

*„Wird die Regelbauzeit durch Umstände, die der Ingenieur nicht zu vertreten hat, um mehr als 10 v.H. überschritten, so werden dem Ingenieur die darüber hinaus entstandenen notwendigen Aufwendungen auf Nachweis zusätzlich erstattet. Die-*

---

<sup>482</sup> Urteil des BGH vom 06.03.1967 – II ZR 231/64, BGHZ 47, 172, 174; Deckers, BauR 2008, 1801, 1802; Mansel, in: Jauernig, § 134 Rdnr. 15.

<sup>483</sup> Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, BauR 1990, 762.

<sup>484</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt I.

*ser Tatbestand nach S. 1 gilt als ungewöhnlich lange dauernde Leistung i.S.v. § 7 Abs. 4 HOAI.“*

521 Die in der Praxis verwendeten Klauseln unterscheiden sich zum einen im Hinblick auf die Bestimmung der Regelbauzeit. Teilweise wird auf eine vertraglich von den Parteien bestimmte Regelbauzeit abgestellt (Klauselbeispiel 1) oder auf die „Regelbauzeit“ als solche (Klauselbeispiel 2). Dies wirft insbesondere Fragen nach der Bestimmung der Regelbauzeit und den Grenzen der parteilichen Vereinbarung auf (hierzu ausführlich *Rdnr. 569 ff.*). Zum anderen knüpfen die Klauseln oftmals daran an, ob der Auftraggeber die Überschreitung der Regelbauzeit zu vertreten hat (Klauselbeispiel 1) oder der Auftragnehmer diese nicht zu vertreten haben darf (Klauselbeispiel 2).

## *II. Vereinbarung eines Honoraranpassungsanspruchs*

522 Auch werden teilweise Vereinbarungen getroffen, wonach sich die Parteien verpflichten, eine Vereinbarung über eine zusätzliche Vergütung bzw. eine Honoraranpassung zu treffen.

Klauselbeispiel 3<sup>485</sup>:

*„Für den Fall einer wesentlichen Verzögerung der Bauzeit durch Umstände, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, ist für Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren.“*

523 Teilweise werden solche Vereinbarungsklauseln ergänzt um eine Abgeltung nachgewiesener Mehraufwendungen:

524 Klauselbeispiel 4<sup>486</sup>:

*„Für den Fall einer wesentlichen Verzögerung der Bauzeit durch Umstände, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, ist für Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren. Für den anschließenden Zeitraum soll der Auftragnehmer für die nachweislich ggü. den Grundleistungen entstandenen Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung bis zum Höchstbetrag der Vergütung je Monat erhalten, die er als Anteil der Vergütung für die Objektüberwachung je Monat der vereinbarten Ausführungszeit erhalten hat.“*

---

<sup>485</sup> Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03, BauR 2007, 906, 907.

<sup>486</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772.

*„Verzögert sich die Bauzeit durch Umstände, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, wesentlich, so ist für die Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren. Eine Überschreitung bis zu 20 v. H. der festgelegten Ausführungszeit, maximal jedoch xx Monate, ist durch das Honorar abgegolten. Für den anschließenden Zeitraum soll der Auftragnehmer für die nachweislich ggü. den Grundleistungen entstandenen Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung bis zum Höchstbetrag der Vergütung je Monat erhalten, die er als Anteil der Vergütung für die Objektüberwachung je Monat der vereinbarten Ausführungszeit erhalten hat.“*

*„Dauert die Bauausführung länger als xx Monate, so sind die Parteien verpflichtet, über eine angemessene Erhöhung des Honorars für die Bauüberwachung zu verhandeln. Der nachgewiesene Mehraufwand ist dem Architekten in jedem Fall zu erstatten, es sei denn, dass der Architekt die Bauzeitüberschreitung zu vertreten hat.“*

Anders als bei den Klauseln über einen Aufwendungsersatzanspruch, wird üblicherweise nicht 527 auf die Regelbauzeit, sondern **auf die Bauzeit abgestellt** (Klauselbeispiel 3 – 5) bzw. die Bauausführung (Klauselbeispiel 6). Dies führt jedoch zu keiner anderen Bewertung, da auch hierfür entscheidend ist, ob die Vertragsparteien diese vertraglich vereinbart haben. Andernfalls ist sie nach objektiven Kriterien zu bestimmen (hierzu ausführlich *Rdnr. 574 ff.*).

Des Weiteren stellen die Klauseln auf eine **wesentliche Verzögerung** ab, deren Umfang entwe- 528 der von den Vertragsparteien konkret bestimmt (Klauselbeispiel 5 und 6) oder gänzlich offen gelassen wird (Klauselbeispiel 3 und 4) (hierzu ausführlich *Rdnr. 576*).

Auch die üblichen Klauseln über Honoraranpassungsansprüche enthalten Regelungen über das 529 Vertretenmüssen der Bauzeitüberschreitung. Entweder wird daran angeknüpft, dass der Auftragnehmer die Überschreitung nicht zu vertreten haben darf, d. h. der Auftragnehmer muss darlegen und beweisen, dass er keinen Verursachungsbeitrag geleistet hat (Klauselbeispiel 3 – 5) oder

<sup>487</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 588; Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1249.

<sup>488</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 323; Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I5 U 100/02, NZBau 2007, 109.

dass ein Honoraranpassungsanspruch besteht, „es sei denn“ der Auftragnehmer hat die Überschreitung zu vertreten (Klauselbeispiel 6), d. h. dass der Auftraggeber das Vertretenmüssen des Auftragnehmers darzulegen und zu beweisen hat (hierzu ausführlich *Rdnr. 578 ff.*).

530

Des Weiteren beinhalten einige Klauseln eine Deckelung des Anspruchs abhängig von dem monatlichen Honorar für die Bauüberwachungsleistungen (Klauselbeispiele 4 und 5). Außerdem werden auch Honoraranpassungsansprüche mit einem Anspruch auf Aufwendungsersatz kombiniert (Klauselbeispiel 6).

### *III. Keine Vereinbarung eines Anspruchs durch Aufstellen eines Terminplans*

Der Auftragnehmer hat einen vertraglichen Anspruch auf Erstattung der notwendigen Aufwendungen oder Honoraranpassung wegen des Eintritts von Bauablaufstörungen nur dann, wenn die Vertragsparteien hierüber eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben. Dies ist nicht der Fall, wenn lediglich ein Terminplan über den Zeitraum der Bauausführung abgestimmt wurde<sup>489</sup>. Denn **aus Bauzeitplänen ergeben sich keine verbindlichen Festlegungen der Leistungszeit des Bauüberwachenden**, sondern einzig die für das Bauunternehmen bemessene Zeit der Bauausführung, die nicht automatisch auf das Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer übertragen werden kann<sup>490</sup>. Schließlich kann von einer bloßen Vereinbarung eines Bauzeitendes nicht auf die Vereinbarung einer Zahlungsverpflichtung des Auftraggebers geschlossen werden<sup>491</sup>.

### *IV. Wirksamkeit der Klauseln*

Sowohl die Vereinbarungen eines Aufwendungsersatzanspruches, als auch eines Honoraranpassungsanspruches sind auf ihre Wirksamkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 HOAI zu überprüfen. Denn sollten die von der Vereinbarung umfassten Ansprüche als Honorarvereinbarungen zu bewerten sein, die unter den Anwendungsbereich der HOAI fallen, wäre deren Wirksamkeit an den Anforderungen des § 7 Abs. 1 HOAI zu messen. Sofern sie diese nicht erfüllen, wären die Klauseln wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam (*Abschnitt 1*). Darüber hinaus müssen die Klauseln mit den Regelungen des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB wirksam sein, sofern sie nicht individualvertraglich vereinbart werden (*Abschnitt 2*).

---

<sup>489</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II 1. c).

<sup>490</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1774.

<sup>491</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II 1. c).

## 1. *Wirksamkeit der Klauseln nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 HOAI*

Sowohl die Vereinbarung eines Aufwendungsersatzanspruchs, als auch eines Honoraranpassungsanspruchs, fallen unter den Anwendungsbereich der HOAI (*Abschnitt 1.1*), so dass beide an den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 HOAI zu messen sind. Dabei sind nur solche Klauseln vereinbar, nach denen das Gesamthonorar zumindest bestimmbar ist, da ansonsten das Klarstellungs- und Schutzbedürfnis des § 7 Abs. 1 HOAI verletzt wäre (*Abschnitt 1.2*). 531

### 1.1. *Eröffnung des Anwendungsbereichs der HOAI*

Um die Wirksamkeit von Klauseln über Aufwendungsersatz- oder Honoraranpassungsansprüchen festzustellen, bedarf es zunächst der Prüfung, ob der Anwendungsbereich der HOAI eröffnet ist. Andernfalls würde sich die Feststellung der Wirksamkeit einzig nach den Vorschriften des BGB richten, wobei diese einzig einer Begrenzung durch den sehr weiten Rahmen des Wucherverbotes nach § 138 Abs. 2 BGB und den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB unterliegen würden (hierzu ausführlich *Rdnr. 556 ff.*). 532

#### 1.1.1 *Honorarrechtlicher Charakter des Aufwendungsersatzes*

Unter den Anwendungsbereich fällt gemäß § 1 HOAI die Berechnung des Entgelts für die von der HOAI erfassten Grundleistungen. Fraglich ist, ob Aufwendungen unter den Entgeltbegriff der HOAI fallen. Entgelt ist der Oberbegriff und umfasst das Honorar und die Nebenkosten (hierzu ausführlich *Rdnr. 33 ff.*). Aufwendungen unterscheiden sich von dem vereinbarten Honorar dadurch, dass das Honorar die Summe einer freien Parteivereinbarung ist, welche die dem Auftragnehmer entstandenen Aufwendungen (Kosten) abgelden kann, aber nicht muss. Ist das Honorar höher als die Aufwendungen erhält der Auftragnehmer einen Gewinn. Deckt das Honorar hingegen die Aufwendungen nicht ab, macht der Auftragnehmer einen Verlust. Je länger die Bauzeit und damit der Überwachungszeitraum des Auftragnehmers sind, desto stärker verändert sich das Verhältnis von Kosten und Gewinn zu Lasten des Auftragnehmers, bis hin zu einem negativen Verhältnis (Verlust). 533

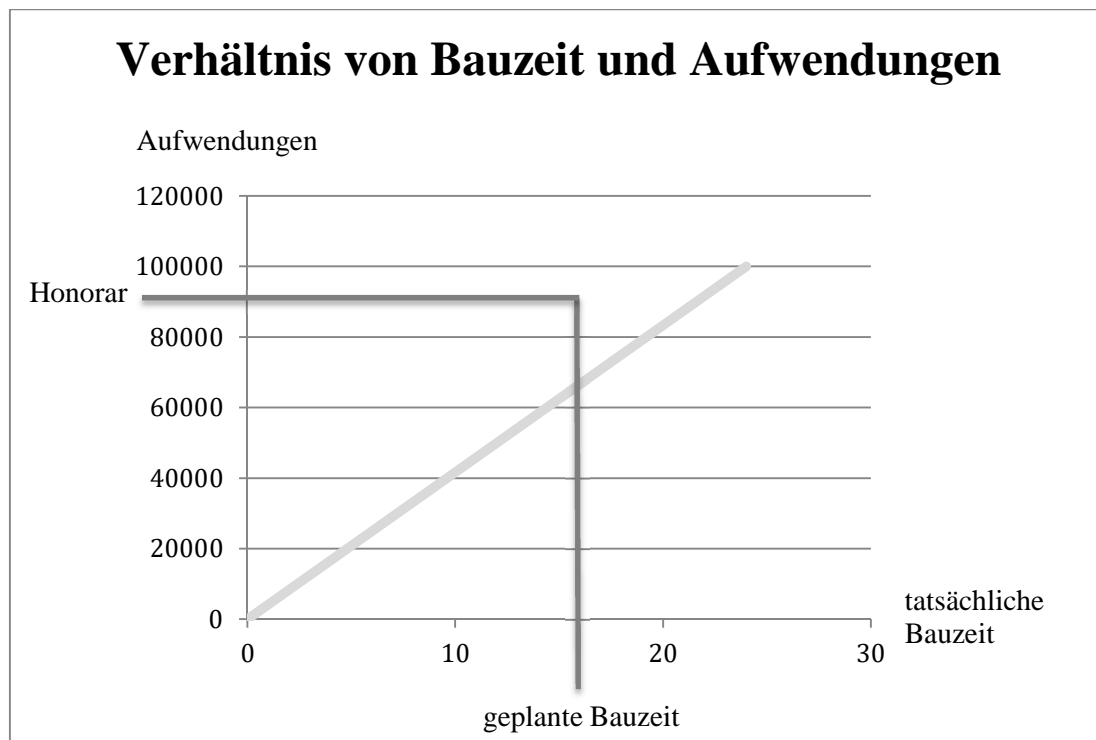


Abbildung 9: Verhältnis von Bauzeit und Aufwendungen

535 Nach der Intention der Vertragsparteien soll der Aufwendungsersatzanspruch dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die durch Bauablaufstörungen verursachten Mehraufwendungen gewähren. **Mehraufwendungen** sind dabei solche Aufwendungen, die über die Aufwendungen hinausgehen, die ohne den Eintritt der bauablaufstörenden Umstände angefallen wären (hierzu ausführlich *Rdnr. 592 ff.*). Die vereinbarte Klausel hat somit eine Ausgleichswirkung, indem Leistung und Gegenleistung wieder in ein ausgewogeneres Verhältnis zueinander gerückt werden sollen.

536 Hieraus folgt auch, dass die Abgeltung von Mehraufwendungen unter den Anwendungsbereich der HOAI fällt. Denn das Honorar ist die Gegenleistung für eine vermögenswerte Zuwendung<sup>492</sup>. Die erstatteten Mehraufwendungen werden zum Bestandteil des Honorars, da sie sämtlichen vereinbarten Leistungen und damit auch den vermehrten Leistungen infolge des Eintritts der Bauablaufstörung gegenüberstehen. Denn das Honorar des Auftraggebers und die Leistung des Auftragnehmers stehen beim Werkvertrag in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, da nach dem lateinischen Grundsatz „do ut des“ die eine Leistungspflicht um der anderen Willen eingegangen

<sup>492</sup> Urteil des RG vom 30.01.1940, RGZ 163, 348, 356; Irmeler, in: Irmeler, § 1 Rdnr. 6; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 5.



wird<sup>493</sup>. Der Auftragnehmer hat sich ausschließlich zur Leistungserbringung (und damit auch der Mehrleistungen wegen Bauablaufstörungen) verpflichtet, da sich der Auftraggeber verpflichtet hat, ihm das vereinbarte Honorar sowie im Falle des Eintritts von Bauzeitstörungen die hieraus resultierenden Mehraufwendungen zu zahlen.

|                                        | Auftraggeber zahlt          | Auftragnehmer erbringt   |
|----------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| <b>Vertragliche Vereinbarung</b>       | Honorar                     | = Leistung               |
| <b>Eintritt von Bauablaufstörungen</b> | Honorar + Aufwendungsersatz | = Leistung + Mehraufwand |

**Abbildung 10: Gegenseitigkeitsverhältnis von Honorar und Leistung**

Für die Einordnung von Mehraufwendungen als Teil des Honorars spricht auch der Normzweck der HOAI. Durch die Festlegung von Mindestsätzen soll Lohndumping verhindert, sowie zur Qualitätssicherung der Berufsleistung beigetragen und mittels Höchstsätzen Einfluss auf die Entwicklung der Baupreise zur Begrenzung der Wohnraummieten genommen werden<sup>494</sup>. Um dieser Zielrichtung zu entsprechen, müssen sämtliche Honorarzahlungen, auch wenn „lediglich“ Aufwendungen abgegolten und kein Gewinnanteil gezahlt werden soll, auf die Einhaltung des jeweiligen Honorarrahmens überprüft werden. Hierbei können nicht einzelne Honorelemente ausgeklammert und den Schranken der HOAI entzogen werden, da ansonsten die Vertragsparteien eine der grundlegenden Regelungen der HOAI umgehen könnten. 537

Daher fällt die Vereinbarung eines Aufwendungsersatzes unter den Anwendungsbereich der HOAI und ist somit auch ihren Begrenzungen, insbesondere der des § 7 HOAI, unterworfen. 538

### *1.1.2 Honorarrechtlicher Charakter der Honoraranpassung*

Die vorherigen Ausführungen sind analog auf einen Anspruch auf Honoraranpassung übertragbar. Denn auch eine Honoraranpassung fällt unter den Anwendungsbereich der HOAI, da diese dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die aus Bauablaufstörungen resultierenden Mehrleis- 539

<sup>493</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1954 – IV ZR 128/54, BGHZ 15, 102, 105; Urteil des RG vom 05.04.1935 – II 327/34, RGZ 147, 340, 342; Otto/Schwarze, in: Staudinger § 320 Rdnr. 5.

<sup>494</sup> Jochem/Kaufhold, Vorb. Rdnr. 52.

tungen gewähren soll. Sie steht daher ebenfalls den Leistungen des Auftragnehmers gegenüber, wie das Honorar selbst. Das vereinbarte Honorar sowie die spätere Honorarpassung sind untrennbar miteinander verbunden, da sie das Gesamthonorar des Auftragnehmers bilden. Würden die Honorarbestandteile unterschiedlich bewertet werden, würde dies Umgehungsmöglichkeiten schaffen und damit den Schutzzweck der HOAI, mittels Mindest- und Höchstsatz Lohndumping sowie Mietpreisanstiege einzudämmen, vereiteln.

540 Dennoch wird überwiegend, vor allem höchstrichterlich, vertreten, dass die Vereinbarung eines Anpassungsanspruchs keine honorarrechtliche, sondern eine hiervon unabhängige vertragliche Vereinbarung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sei, die dem Preisrecht der HOAI nicht unterliege<sup>495</sup>. Die HOAI solle nur anwendbar sein, soweit die Parteien die für die Honorarvereinbarung maßgebenden Voraussetzungen bei der ursprünglichen Vergütungsvereinbarung haben erkennen und bedenken können<sup>496</sup>. Dies sei nicht der Fall bei unvorhersehbaren Ereignissen mit ungewisser Dauer, die bei der Honorarvereinbarung für die Bauzeit nicht berücksichtigt werden können<sup>497</sup>. Daher sehe die HOAI hierfür auch keinen Regelungstatbestand vor<sup>498</sup>, so dass diese zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen und einen Preisanpassungsanspruch gemäß § 313 Abs. 1 BGB auslösen können<sup>499</sup>.

541 Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Der Anwendungsbereich der HOAI umfasst das Entgelt für die von ihr bestimmten Leistungen. Nach § 7 Abs. 1, 5 HOAI sind Honorarvereinbarungen schriftlich und im Zeitpunkt der Auftragserteilung zu treffen. Eine Vereinbarung, wonach bei Eintritt bestimmter Umstände das Honorar des Auftragnehmers angepasst werden soll, stellt ebenfalls eine Honorarvereinbarung dar. Unerheblich ist, aus welchem Grund dem Auftragnehmer ein zusätzliches Honorar zu gewähren ist. Entscheidend ist einzig, dass der Auftragnehmer ein geändertes Honorar erhalten soll. Dies bestätigt auch der BGH, wenn er im Rahmen der Honoraranpassung diejenige Vergütung als angemessen ansieht, die die Vertragsparteien im Rahmen der sich aus der HOAI ergebenden Beschränkungen vereinbart hätten, wenn sie bei Ab-

---

<sup>495</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 588; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 110; Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03, BauR 2007, 906, 907; Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248; Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772; Hartmann, § 7 Rdnr. 11; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 161; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1084; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 41; Preussner, BauR 2006, 203, 210.

<sup>496</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>497</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>498</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>499</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; unter Verweis auf Kor-bion/Mantscheff/Vygen, 2004, § 4 Rdnr. 51.

schluss des ursprünglichen Vertrags die tatsächliche Verlängerung der Bauzeit vorausgesehen hätten<sup>500</sup>.

Hinsichtlich des Umstandes, dass die Vertragsparteien ihnen bei Vertragsschluss unbekannte Umstände schwerlich im Rahmen der Honorarbestimmung berücksichtigen können, ist der Verordnungsgeber gehalten, eine entsprechende speziellere Honorarregelung zu treffen. Stattdessen hat dieser sich entschieden, die bisherigen Vorschriften zu nachträglichen Honoraranpassungen zu streichen und die Einzelheiten einer eigenen vertraglichen Regelung der Parteien vorzubehalten (hierzu ausführlich *Rdnr. 428 ff.*). Einzige Möglichkeit, um dem Auftragnehmer bei Eintritt von Bauablaufstörungen ein zusätzliches Honorar zu gewähren, ist daher, bei Auftragserteilung schriftlich Parameter festzulegen, unter denen das Gesamthonorar bestimmt werden kann (siehe Klauselbeispiel unter *Rdnr. 519 ff.*). 542

Des Weiteren sind die Anwendungsbereiche des BGB und der HOAI sorgfältig zu trennen. Das BGB regelt die Begründung und Bestimmung des Leistungsinhalts von Schuldverhältnissen (**Was?**). Aus § 631 Abs. 1 BGB folgt, dass der Auftragnehmer von Architekten- und Ingenieurleistungen einen Entgeltanspruch hat. Daneben enthält § 313 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Honoraranpassung. Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, kann die Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Diese Regelung durchbricht den Grundsatz des *pacta sunt servanda* (Verträge müssen gehalten werden) und erlaubt ein vertragliches Ungleichgewicht anzupassen oder den Vertrag aufzuheben<sup>501</sup>. Dieser Ausdruck der Vertragsgerechtigkeit<sup>502</sup> wurde unter Zuhilfenahme des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB entwickelt und wegen der erheblichen praktischen Bedeutung im Rahmen der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 im Allgemeinen Schuldrecht normiert<sup>503</sup>. Bei Vorliegen der Voraussetzungen wird das Risiko des Auseinanderfallens von Vorstellung und Wirklichkeit nicht bei der Partei belassen, die davon betroffen ist, sondern durch Vertragsanpassung auf beide 543

---

<sup>500</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>501</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 1 – 3.

<sup>502</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 2.

<sup>503</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 175; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 47.

Beteiligten verteilt<sup>504</sup>. In welcher Höhe ein Honoraranspruch des Auftragnehmers besteht, richtet sich nach den Vorschriften der HOAI (**Wie hoch?**). Dies gilt ebenfalls für den Umfang der Honoraranpassung nach § 313 Abs. 1 BGB und bedeutet, **dass die Honoraranpassung sich grundsätzlich im Rahmen des jeweiligen Mindest- und Höchstsatzes halten muss und nur unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI den Höchstsatz überschreiten darf** (hierzu ausführlich *Rdnr. 868 ff.*).

544 Der Anpassungsanspruch des § 313 Abs. 1 BGB ist ein subsidiär anwendbarer gesetzlicher Anspruch, den die Parteien durch eine speziellere vertragliche Regelungen verdrängen können. Möchten die Vertragsparteien von den besonders hohen Voraussetzungen des gesetzlichen Anpassungsanspruchs nach § 313 Abs. 1 BGB abweichen, bleibt ihnen überlassen, einen Anpassungsanspruch mit engeren Voraussetzungen vertraglich zu vereinbaren, der jedoch wegen der Begrenzung von Honorarvereinbarungen nach § 7 Abs. 1, 5 HOAI schriftlich im Zeitpunkt der Auftragserteilung zu erfolgen hat.

#### 1.2. *Erfüllung der Anforderungen an Honorarvereinbarungen nach § 7 Abs. 1 HOAI*

545 Nachdem festgestellt wurde, dass Vereinbarungen über einen Anspruch auf Aufwendungsersatz oder Honoraranpassung vom Anwendungsbereich der HOAI umfasst sind, unterliegen diese Honorarvereinbarungen den Anforderungen des § 7 Abs. 1 HOAI. Das heißt, sie müssen schriftlich bei Auftragserteilung getroffen werden und sich innerhalb der Mindest- und Höchstsatzgrenzen halten. Dies setzt insbesondere voraus, dass das Honorar bestimmt oder bestimmbar ist. Da das Honorar bei Vereinbarung von Aufwendungsersatz oder einer Honoraranpassung bestimmt wird, also der genaue Honorarbetrag festgelegt wird, ist praktisch vielmehr von Bedeutung, wann die jeweiligen Vereinbarungen bestimmbar sind.

##### 1.2.1 *Bestimmbarkeit der Vereinbarung notwendiger Aufwendungen*

546 Im Rahmen eines Aufwendungsersatzanspruchs werden ausschließlich notwendige und nachgewiesene Mehraufwendungen erstattet (hierzu Klauselbeispiel 1 und 2, *Rdnr. 519 f.*). Dies umfasst ausschließlich die beim Auftragnehmer kausal durch die Bauablaufstörung verursachten Kosten (hierzu ausführlich *Rdnr. 592 ff.*). Da die Vertragsparteien hierbei keinen Verhandlungsspielraum haben und der Zahlungsanspruch des Auftragnehmers von einem Dritten nach Abschluss der Leistungen anhand der tatsächlich entstandenen Mehraufwendungen bestimmt wer-

---

<sup>504</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 2.

den kann, ist der Aufwendungsersatzanspruch bestimmbar. Etwaige Differenzen hinsichtlich der Zusammensetzung der notwendigen Aufwendungen sprechen nicht gegen die Bestimmbarkeit, da der Begriff der notwendigen Aufwendungen einer Auslegung zugänglich und eine gänzliche Vermeidung von Streipotential nicht möglich ist. Die Vereinbarung eines Aufwendungsersatzanspruchs entspricht somit den Erfordernissen an die Bestimmbarkeit von Honorarvereinbarungen<sup>505</sup>.

### 1.2.2 Bestimmbarkeit der Vereinbarung einer Honoraranpassung

Dagegen sind Ansprüche auf Honoraranpassung überwiegend nicht bestimmbar, da regelmäßig auf eine nicht bestimmbare „wesentliche Verzögerung der Bauzeit“ abgestellt wird und keine Parameter festgelegt werden, nach denen das Honorar anzupassen ist (*Abschnitt 1.2.2.1*). Dies ist auch nicht anders zu beurteilen, soweit Vertragsklauseln eine zusätzliche Regelungen bei Nachweis der entstandenen Mehraufwendungen enthalten, da die überwiegend verwendeten Vertragsklauseln hierfür weiterhin auf einen „anschließenden Zeitraum“ sowie die Vereinbarung einer „Vergütung“ abstellen (*Abschnitt 1.2.2.2*). Wegen der hieraus folgenden Unwirksamkeit der Honoraranpassungsklauseln ist die Regelungslücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen (*Abschnitt 1.2.2.3*). 547

#### 1.2.2.1 Unbestimmbarkeit der Honoraranpassung

Vertragliche Klauseln zur Gewährung eines Honoraranpassungsanspruchs sind nicht bestimmbar, soweit sie auf eine „wesentliche Verzögerung“ der Bauzeit abstellen, ohne deren Kriterien näher zu bestimmen (bspw. Klauselbeispiele 4, *Rdnr.* 522). Da eine „wesentliche“ Verzögerung ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff ist, kann diese Bestimmung nicht nach objektiven Maßstäben erfolgen. Dies entspricht nicht dem Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 HOAI und erfüllt daher nicht die Anforderungen an dessen Bestimmtheitserfordernis. 548

Daneben sind die Vertragsklauseln zur Honoraranpassung überwiegend unbestimmbar, da den Vertragsparteien nach den gängigen Vertragsklauseln freigestellt ist, in welchem Umfang sie eine Honoraranpassung vornehmen. Da überwiegend keine Parameter festgelegt werden, wonach sich die Honoraranpassung richtet (bspw. Klauselbeispiele 3 und 6, *Rdnr.* 522 ff.), enthalten diese vertraglichen Regelungen keine konkrete Erstattungsvereinbarung<sup>506</sup>. Nach dem Willen der Vertragsparteien soll der Umfang der Honoraranpassung zu einem späteren Zeitpunkt durch 549

---

<sup>505</sup> so auch entschieden durch Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, BauR 1990, 762 ff.

<sup>506</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772 zu Klauselbeispiel 3.

Aushandeln der Einzelheiten erst bestimmt werden<sup>507</sup>. **Die Honoraranpassung ist im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht bestimmbar und damit unwirksam nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 HOAI<sup>508</sup>.**

#### 1.2.2.2 *Honoraranpassung um die entstandenen Mehraufwendungen*

550 Vertragsklauseln auf Honoraranpassung können auch Regelungen über die Abgeltung von aus Bauablaufstörungen entstandenen Mehraufwendungen enthalten. Hinsichtlich ihrer Wirksamkeit ist zu differenzieren:

551 Teilweise enthalten Vertragsklauseln auf Honoraranpassung eine zusätzliche Regelung, wonach der nachgewiesene Mehraufwand „in jedem Fall zu erstatten“ ist (bspw. Klauselbeispiel 6, *Rdnr. 526 ff.*). Dieser Anspruch auf Erstattung der Mehraufwendungen ist wirksam, da die Mehraufwendungen objektiv berechnet werden können und damit das Gesamthonorar des Auftragnehmers bestimmbar ist (hierzu ausführlich *Rdnr. 546 ff.*).

552 Soweit Vertragsklauseln hingegen eine Regelung enthalten, wonach der Auftragnehmer wegen der aus der Bauablaufstörung entstandenen Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung erhalten soll (hierzu Klauselbeispiele 4 – 5, *Rdnr. 524 f.*), führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Denn diese vertraglichen Regelungen enthalten ebenfalls ein Vereinbarungserfordernis über eine Honoraranpassung. Nach den Klauselbeispielen 4 und 5 „soll“ der Auftragnehmer „eine zusätzliche Vergütung“ für die nachweislich entstandenen Mehraufwendungen erhalten. Dies bedeutet nicht, dass dem Auftragnehmer die nachgewiesenen Mehraufwendungen zu erstatten sind, sondern dass für diese Mehraufwendungen eine Honoraranpassung erfolgen soll. Die Verwendung der Begriffe „zusätzliche Vergütung“ weisen dabei darauf hin, dass nicht einzig die Summe der entstandenen Mehraufwendungen erstattet werden, sondern diese schlicht als Basis einer Honoraranpassung dienen sollen. Da Honoraranpassungen aufgrund des Ermessensspielraums der Vertragsparteien nicht bestimmbar sind (hierzu ausführlich *Rdnr. 548 f.*), führt dies zur Unwirksamkeit solcher Vertragsklauseln nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 HOAI.

#### 1.2.2.3 *Ergänzende Vertragsauslegung bei Honoraranpassungsklauseln*

553 Durch den Wegfall der Anpassungsklausel wegen ihrer Unwirksamkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 HOAI ist eine Vertragslücke entstanden. Hierbei handelt es sich auch um eine Regelungslücke, da sich die Honoraranpassung erheblich auf die Hauptleistungspflicht des Auftrag-

---

<sup>507</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772 zu Klauselbeispiel 3.

<sup>508</sup> Im Ergebnis Urteil des LG Heidelberg vom 04.05.1994 – 2 O 261/93, IBR 1994, 423.

gebers auswirkt und sich das Äquivalenzverhältnis des Vertrags einseitig zu Lasten des Auftragnehmers verschoben hat. Fraglich ist insbesondere, ob sich der Auftragnehmer auf den Vertrag eingelassen hätte, wenn ihm wegen des Eintritts von Bauablaufstörungen keine Honoraranpassung versprochen worden wäre.

Diese Regelungslücke ist daher im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 554 BGB zu schließen. Entscheidend ist danach, **welche Regelung von den Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der vereinbarten Honoraranpassungsklausel nach dem Vertragszweck und angemessener Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als redliche Vertragspartner gewählt worden wäre**<sup>509</sup>. Die Vertragsparteien treffen bei Vereinbarung einer Honoraranpassung üblicherweise auch eine Regelung hinsichtlich der Erstattung von Mehraufwendungen. Entweder indem diese als Basis der Honoraranpassung dienen (bspw. Klauselbeispiele 4 – 5, *Rdnr. 524 f.*) oder sie in jedem Falle zu erstatten sind (hierzu Klauselbeispiel 6, *Rdnr. 526 ff.*). Daher ist anzunehmen, dass sie jedenfalls eine Regelung dahingehend treffen wollten, dem Auftragnehmer die aus der Bauablaufstörung folgenden notwendigen Mehraufwendungen abzugelten<sup>510</sup>.

Aus einer ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB folgt somit, dass trotz der 555 Unwirksamkeit von Vertragsklauseln auf Honoraranpassung eine Regelung getroffen wurde, wonach der Auftragnehmer einen Anspruch auf Erstattung der notwendigen Aufwendungen hat. Eine solche Regelung erfüllt auch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1, 5 HOAI, da das Gesamthonorar zum einen bestimmbar ist und zum anderen schriftlich im Zeitpunkt der Auftragserteilung getroffen wurde. Unerheblich ist hierbei, dass die Regelung nicht ausdrücklich getroffen wurde, sondern Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung ist, da die Vertragsparteien einen Konsens über die Regelung bereits getroffen hatten und somit auch die Klarstellungs- und Schutzfunktion des § 7 Abs. 1 HOAI erfüllt wurde.

## 2. *Inhaltskontrolle der Vereinbarungen nach §§ 307 ff. BGB*

Da Vertragsklauseln über Honoraranpassungen und Erstattung von Mehraufwendungen sog. 556 Preisnebenabreden darstellen, unterliegen als Allgemeine Geschäftsbedingung<sup>511</sup> der Inhaltskon-

---

<sup>509</sup> Urteil des BGH vom 13.04.2010 – XI ZR 197/09, NJW 2010, 1742; Urteil des BGH vom 10.06.2008 – XI ZR 211/07, NJW 2008, 3422.

<sup>510</sup> Urteil des BGH vom 12.07.1989 – NJW 1990, 115, 116 zu einer Preisanpassungsklausel in Mietverträgen; Urteil des OLG Hamm vom 06.03.2008 – 2 U 114/07 Abschnitt II.3.b)bb)(2)d)bb), juris zu einer Preisanpassungsklausel eines Gaslieferungsvertrags.

<sup>511</sup> Zur Begrenzung des Umfangs dieser Arbeit wird auf detaillierte Erläuterungen zum Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Kommentierungen der §§ 305 ff. BGB verwiesen.

trolle nach §§ 307 ff. BGB (*Abschnitt 2.1*), wobei die vertragliche Abweichung der ihnen zugrunde liegenden Gesetzesnorm des § 313 BGB grundsätzlich zulässig ist (*Abschnitt 2.2*). Einer Wirksamkeit von Vertragsklauseln steht auch nicht entgegen, dass diese lediglich einseitige Honoraranpassungen zugunsten des Auftragnehmers vorsehen (*Abschnitt 2.3*) und auch nicht, dass diese teilweise das Verschulden des Auftraggebers voraus setzen (*Abschnitt 2.4*).

## 2.1. Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle auf Preisnebenabreden

557

Nach der grundgesetzlich gesicherten Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien Leistung und Gegenleistung als wesentliche Bestandteile von Verträgen grundsätzlich frei bestimmen<sup>512</sup>. Daher werden Klauseln keiner Inhaltskontrolle unterzogen, sofern sie die zu erbringende Leistung selbst beschreiben<sup>513</sup>. Dies ist der Fall, wenn Klauseln das Hauptleistungsverprechen, also die geschuldeten Leistungen verändern, ausgestalten oder modifizieren<sup>514</sup>. Betroffen ist jedoch ausschließlich der enge Bereich der Leistungsbezeichnung, ohne deren Vorliegen ein wirksamer Vertragsschluss nicht mehr angenommen werden kann, da ansonsten der wesentliche Vertragsinhalts nicht bestimmt oder bestimmbar wäre<sup>515</sup>. Dies betrifft insbesondere Gegenstand von Leistung und Gegenleistung (hier: Honorar). Nicht jedoch solche Regelungen, welche die Bedingungen, also Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistungen der Leistungserbringung regeln<sup>516</sup>. Das heißt, dass Regelungen über den Umfang des Honorars, sowie zusätzliche Honorarzahllungen (wie Honoraranpassung und Erstattung von Mehraufwendungen) als sog. Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen<sup>517</sup>.

---

<sup>512</sup> Roloff, in: Erman, § 307 Rdnr. 45.

<sup>513</sup> Urteil des BGH vom 15.07.2009 – VIII ZR 225/07, NJW 2009, 2662, 2664; Urteil des BGH vom 19.11.1997 – IV ZR 348/96, NJW 1998, 1069; Urteil des BGH vom 30.06.1995 – V ZR 184/94, NJW 1995, 2637, 2638; Urteil des BGH vom 23.06.1993 – IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; Urteil des BGH vom 21.04.1993 – IV ZR 33/92, NJW-RR 1993, 1049, 1050; Urteil des BGH vom 12.03.1987 – VII ZR 37/86, NJW 1987, 1931, 1935; Roloff, in: Erman, § 307 Rdnr. 42, 45; Wurmnest, in: Münchener Kommentar BGB, § 307 Rdnr. 12, 16.

<sup>514</sup> Urteil des BGH vom 19.11.1997 – IV ZR 348/96, NJW 1998, 1069; Urteil des BGH vom 30.06.1995 – V ZR 184/94, NJW 1995, 2637, 2638; Urteil des BGH vom 23.06.1993 – IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; Urteil des BGH vom 21.04.1993 – IV ZR 33/92, NJW-RR 1993, 1049, 1050; Urteil des BGH vom 12.03.1987 – VII ZR 37/86, NJW 1987, 1931, 1935; Wurmnest, in: Münchener Kommentar BGB, § 307 Rdnr. 12.

<sup>515</sup> Urteil des BGH vom 30.06.1995 – V ZR 184/94, NJW 1995, 2637, 2638; Urteil des BGH vom 23.06.1993 – IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; Urteil des BGH vom 21.04.1993 – IV ZR 33/92, NJW-RR 1993, 1049, 1050; Urteil des BGH vom 12.03.1987 – VII ZR 37/86, NJW 1987, 1931, 1935; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rdnr. 18 f.

<sup>516</sup> Urteil des BGH vom 19.11.1997 – IV ZR 348/96, NJW 1998, 1069.

<sup>517</sup> Urteil des BGH vom 15.07.2009 – VIII ZR 225/07, NJW 2009, 2662, 2664; Urteil des BGH vom 21.09.2005 – VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; Urteil des BGH vom 16.01.1985 – VIII ZR 153/83, NJW 1985, 853; Roloff, in: Erman, § 307 Rdnr. 47; Wurmnest, in: Münchener Kommentar BGB, § 307 Rdnr. 17a.



## 2.2. *Disponibilität des § 313 BGB*

Eine vertragliche Abweichung von Gesetzesvorschriften ist nur zulässig, soweit dies das BGB 558 zulässt, sie also disponibel sind. Denn im Falle zwingender Gesetzesvorschriften ist die widersprechende Parteivereinbarung wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig nach § 134 BGB<sup>518</sup>.

Vertragsklauseln zur Honoraranpassung sowie Erstattung von Mehraufwendungen bestimmen 559 eine vertragliche Regelung über den Fall der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB<sup>519</sup>. Diese Norm bestimmt eine Honoraranpassung im Falle der nach Vertrag erfolgenden schwerwiegenden Änderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind. § 313 BGB setzt für die Vertragsanpassung voraus, dass einem Teil (einer Partei) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der **vertraglichen** und gesetzlichen **Risikoverteilung**, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Wird einer Partei vertraglich ein Risiko auferlegt, kann das Honorar nicht nach § 313 BGB angepasst werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Parteien eine Risikoverteilung durch Vereinbarung der Voraussetzungen einer Honoraranpassung oder der Erstattung von Mehraufwendungen treffen. Die Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sind daher disponibel<sup>520</sup>.

## 2.3. *Unwirksamkeit der einseitigen Abweichung vom vereinbarten Honorar nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB*

Sämtliche Vertragsklauseln sehen einzig eine Erhöhung des Honorars im Falle erhöhter Auf- 560 wendungen zugunsten des Auftragnehmers vor. Hingegen enthalten die Bestimmungen keine Regelung für den Fall, dass – entgegen den Erwartungen der Vertragsparteien – geringe Aufwendungen entstanden sind. Hieraus könnte der Auftraggeber entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligt sein, so dass die Vertragsklauseln unwirksam nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wären. Da sich nur der Vertragspartner des Verwenders auf eine Benachteiligung berufen kann, betrifft dies ausschließlich Klauseln, die vom Auftragnehmer gestellt wurden.

Nach der Rechtsprechung des BGH zu Preiserhöhungsklauseln in Erdgaslieferungsverträgen 561 benachteilige eine Bestimmung den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von

---

<sup>518</sup> Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rdnr. 208.

<sup>519</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>520</sup> Urteil des OLG Saarbrücken vom 02.10.2003 – 6 UF 22/03 Abschnitt II, BeckRS 2003 30329706; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 51.

Treu und Glauben unangemessen, wenn sie nur das Recht des Verwenders enthalte, Erhöhungen gegenüber dem Vertragspartner geltend zu machen, nicht aber die Verpflichtung, bei gesunkenen Kosten den Preis zu senken<sup>521</sup>. Dem Verwender wäre es hierdurch möglich, eine erhöhte Kostenbelastung durch eine Preiserhöhung aufzufangen, hingegen den Vertragspreis bei Kostensenkung durch einen geringeren Einstandspreis unverändert zu lassen<sup>522</sup>. Denn eine Preisanpassungsklausel müsse das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren<sup>523</sup> und dürfe dem Verwender nicht nur die Möglichkeit geben, nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern auch einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen<sup>524</sup>.

562 Doch die Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln in Erdgaslieferungsverträgen ist nicht auf Honoraranpassungsklauseln sowie Klauseln zur Erstattung von Mehraufwendungen in Architekten- und Ingenieurverträgen übertragbar. Diese Vertragstypen unterscheiden sich dadurch, dass Erdgaslieferungsverträge Dauerschuldverhältnisse sind, d. h. dieselbe Leistung wiederholt erbracht und vergütet wird. Bei Architekten- und Ingenieurverträgen wird hingegen die Leistung einmalig erbracht und gesamtheitlich honoriert. Diese Unterscheidung wirkt sich insofern aus, als dem Verkäufer beim Gaslieferungsvertrag durch eine Preisanpassungsklausel die Möglichkeit gewährt wird, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem er von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht, so dass er erhöhte Estandskosten umgehend und niedrigere Estandskosten nicht oder erst zeitlich verzögert geltend machen kann<sup>525</sup>. Dies ist bei Architekten- und Ingenieurverträgen nicht möglich, da das Gesamthonorar bei Abschluss des Bauvorhabens und damit nur zu einem einzigen Zeitpunkt festgelegt wird. Der Auftragnehmer hätte somit nicht die Möglichkeit, an unterschiedlichen Zeitpunkten Mehraufwendungen geltend und Minderaufwendungen nicht geltend zu machen. Der Auftraggeber wird daher bei Abschluss eines Architekten- und Ingenieurvertrags nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

563 Auch wird das Äquivalenzprinzip nicht verletzt, da der Auftragnehmer für den Erhalt zusätzlichen Honorars eine im Vergleich zur Vereinbarung bei Vertragsschluss zusätzliche Leistung in Form der Mehraufwendungen erbringt.

---

<sup>521</sup> Urteil des BGH vom 29.04.2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172, 2173.

<sup>522</sup> Urteil des BGH vom 29.04.2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172, 2173.

<sup>523</sup> Urteil des BGH vom 29.04.2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172, 2173 unter Verweis auf: Urteil des BGH vom 07.10.1981 – VIII ZR 229/80, NJW 1982, 331, 332; Urteil des BGH vom 17. 2. 2004 – XI ZR 140/03, NJW 2004, 1588.

<sup>524</sup> Urteil des BGH vom 29.04.2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172, 2173 unter Verweis auf: Urteil des BGH vom 20.05.1985 – VII ZR 198/84, NJW 1985, 2270; Urteil des BGH vom 13.12.2006 – VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054; Urteil des BGH vom 21.09.2005 – VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; Urteil des BGH vom 12.07.1989 – VIII ZR 297/88, NJW-RR 1990, 116.

<sup>525</sup> Urteil des BGH vom 29.04.2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172, 2173; 2174.

2.4. *Unwirksamkeit der Voraussetzung des Verschuldens des Auftraggebers nach §§ 307 Abs. 1 Satz 1, 309 Nr. 12a BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB*

Soweit die Vertragsklauseln zur Begründung eines Anspruchs auf ein Verschulden des Auftraggebers abstellen (bspw. Klauselbeispiel 1, *Rdnr. 519*) wird vertreten, dass dies entgegen der verschuldensneutralen Regelung zur Vertragsanpassung nach § 313 BGB eine Beweislaständerung zu Lasten des Auftragnehmers und damit einen Verstoß gegen § 309 Nr. 12a BGB darstelle<sup>526</sup>. Da sich nur der Vertragspartner des Verwenders auf eine Benachteiligung berufen kann, betrifft dies ebenfalls ausschließlich Klauseln, die vom Auftraggeber gestellt wurden.

Nach § 309 Nr. 12a BGB ist eine **Bestimmung verboten, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert**, insbesondere indem er diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen. Die Bestimmung eines Verschuldens des Auftraggebers als Anspruchsvoraussetzung ist jedoch keine Änderung der Beweislast. Nach der ungeschriebenen Grundregel trägt jede Partei die Beweislast über die Voraussetzungen der für sie günstigen Bestimmungen<sup>527</sup>, also diejenige Partei, die jeweils einen Anspruch begehrt<sup>528</sup>. Bei der Geltendmachung einer Honoraranpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ist dies der Auftragnehmer, wenn er ein höheres Honorar wegen erhöhter Aufwendungen fordert. Dieser muss daher beweisen, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien bei Vorausschauen dieser Umstände den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt dieser Änderungen geschlossen hätten und hierdurch dem Auftragnehmer das Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

Da eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB – neben den genannten Voraussetzungen – kein Verschulden des Vertragspartners verlangt, ist der Auftragnehmer hiermit auch nicht darlegungs- und beweisbelastet. Vielmehr werden die Voraussetzungen einer Honoraranpassung durch das (zusätzliche) Verlangen eines Verschuldens des Auftraggebers verengt. Dabei kann die Begrenzung des Anwendungsbereichs einer Anspruchsnorm nicht mit einer Beweislastumkehr gleichgesetzt werden. Denn im Fall der Beweislastumkehr wird einer Vertragspartei von einer ihr obliegenden Beweislast befreit, die wiederum der anderen Partei auferlegt wird. Bei der Vereinba-

---

<sup>526</sup> Osenbrück, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, *BauR* 1990, 762, 765.

<sup>527</sup> Urteil des BGH vom 20.07.2005 – VIII ZR 121/04, 2005, 1496, 1498; Urteil des BGH vom 14.01.1991 – II ZR 190/89, *NJW* 1991, 1052, 1053; Wurmnest, in: *Münchener Kommentar*, § 309 Nr. 12 *Rdnr. 6*.

<sup>528</sup> Urteil des BGH vom 08.11.2002 – V ZR 398/01, *NJW* 2003, 510; Urteil des BGH vom 15.03.1995 – XII ZR 257/93, *NJW* 1995, 1891, 1892; Grüneberg, in: *Palandt*, § 313 *Rdnr. 43*; Strieder, in: *Baumgärtel*, *Beweislast*, § 242 BGB *Rdnr. 17*.

rung zusätzlicher Voraussetzungen einer Norm wird hingegen einer Vertragspartei eine bislang nicht vorhandene Darlegungs- und Beweislast auferlegt. Eine solche materiell-rechtliche Vereinbarung soll jedoch von § 309 Nr. 12a BGB nicht untersagt werden, da ansonsten die Privatautonomie unzulässig eingeschränkt wäre<sup>529</sup>.

#### V. *Anspruchsvoraussetzungen*

567 Sofern Ansprüche über die Gewährung von Aufwendungsersatz oder eine Honoraranpassung wirksam vereinbart wurden, hat der Auftragnehmer einen Anpassungs- bzw. Aufwendungsersatzanspruch nur dann, wenn die Voraussetzungen der jeweiligen Vertragsklausel erfüllt sind.

568 Sowohl Vertragsklauseln über Aufwendungsersatzansprüche, als auch solche über Honoraranpassungen knüpfen üblicherweise an die Überschreitung einer beabsichtigten Bauzeit (mitunter bezeichnet als Regelbauzeit oder den Zeitraum der Bauausführung) an (*Abschnitt 1*). Teilweise wird zusätzlich verlangt, dass über die festgelegte Bauzeit hinaus ein bestimmter Zeitraum vergangen sein muss (*Abschnitt 2*). Des Weiteren wird in der Regel festgelegt, dass entweder der Auftraggeber die Überschreitung des Zeitrahmens zu vertreten haben muss oder der Auftragnehmer dies nicht zu vertreten haben darf (*Abschnitt 3*). Vereinbarungen von Honoraranpassungsansprüchen enthalten zudem eine Regelung darüber, dass die Vertragsparteien die Honoraranpassung bzw. eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren haben. Fraglich ist hierbei insbesondere die Folge einer unterbliebenen Vereinbarung (*Abschnitt 4*).

#### I. *Ablauf der beabsichtigten Bauzeit*

569 Die üblichen Vertragsklauseln stellen darauf ab, dass entweder eine vereinbarte Bauzeit, „die Bauzeit“ bzw. Regelbauzeit überschritten wurde oder eine wesentliche Verzögerung der Bauzeit vorliegt.

##### I.1. *Vereinbarung der Bauzeit*

570 Die Feststellung der **Überschreitung einer konkret vereinbarten Bauzeit** ist dabei die bestmögliche Regelung, da in diesem Fall der Zeitpunkt der Überschreitung eindeutig festgestellt werden kann.

##### I.1.1 *Ausdrückliche Vereinbarung*

571 Die Vertragsparteien haben jedoch eine Bauzeit nur dann bestimmt, wenn sie diese im Vertragstext ausdrücklich als solche gekennzeichnet haben. Sie kann sich daher nicht aus einem als

---

<sup>529</sup> Habersack, in: Ulmer/Brander/Hensen, § 309 Nr. 12 Rdnr. 7.

Vertragsinhalt vereinbarten verbindlichen Terminplan mit Fristen zur Fertigstellung des Bauvorhabens ergeben<sup>530</sup>. Denn **aus Bauzeitplänen ergeben sich keine verbindlichen Festlegungen der Leistungszeit des Bauüberwachenden**, sondern einzig die für das Bauunternehmen bemessene Zeit der Bauausführung, die nicht automatisch auf das Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer übertragen werden kann<sup>531</sup>. Eine Vereinbarung der Bauzeit mittels eines Terminplans liegt nur dann vor, wenn dieser nach einer ausdrücklichen Parteivereinbarung zugleich die Vereinbarung der Regelbauzeit darstellen soll<sup>532</sup>.

#### 1.1.2 Realistische Bemessung der (Regel-)Bauzeit

Um einer Umgehung des Preisrechts entgegenzuwirken, verlangt der BGH zusätzlich **eine realistische Bemessung der Regelbauzeit**<sup>533</sup>. D. h. dass die von den Vertragsparteien vereinbarte (Regel-)Bauzeit auf ihre Angemessenheit hin überprüft wird. Dabei soll berücksichtigt werden, ob bereits übliche Störungen beachtet wurden<sup>534</sup>, wobei den Parteien ein gewisser Beurteilungsspielraum zustehe<sup>535</sup>. Als angemessen sei dabei diejenige (Regel-)Bauzeit anzusehen, die die Vertragsparteien im Rahmen der sich aus der HOAI ergebenden Beschränkungen vereinbart hätten, wenn sie bei Abschluss des ursprünglichen Vertrags die tatsächliche Verlängerung der Bauzeit vorausgesehen hätten<sup>536</sup>. 572

Der BGH nimmt diesen Kunstgriff vor, um der honorarbeschränkenden Zielsetzung der HOAI 573 dennoch Geltung zu verschaffen, obwohl er dessen Anwendbarkeit ursprünglich ausgeschlossen hatte (hierzu ausführlich *Rdnr. 532 ff.*). Da nach der hier vertretenen Ansicht der Anwendungsbereich der HOAI eröffnet ist, werden der Aufwendungsersatzanspruch bzw. die Honoraranpassung bereits durch den Mindest- und Höchstsatzrahmen und die eingeschränkte Möglichkeit zur Überschreitung des jeweiligen Höchstsatzes beschränkt.

---

<sup>530</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II 1. c).

<sup>531</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1774.

<sup>532</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II 1. c).

<sup>533</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 588; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; zustimmend: Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 110; Lederer, in: Lederer/Heymann, Rdnr. 240; Schwenker/Schramm, ZfBR 2008, 3, 5.

<sup>534</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>535</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Urteil des BGH vom 13.11.2003 – VII ZR 362/02, NJW-RR 2004, 233 f.; Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 110; Pauly, MDR 2010, 487, 488; Schwenker/Schramm, ZfBR 2008, 3, 5.

<sup>536</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Pauly, MDR 2010, 487, 488.

### 1.1.3 *Keine Vereinbarung der Bauzeit*

574 Haben die Vertragsparteien entgegen den Anforderungen der Vertragsklausel keine Vereinbarung über die voraussichtliche Bauzeit getroffen, ist diese mittels ergänzender Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB danach zu bestimmen, **auf welchen Zeitraum sich die Vertragsparteien bei Vertragsschluss vermutlich geeinigt hätten**. Hierzu können zwischen den Vertragsparteien abgestimmte Terminpläne als Auslegungshilfe herangezogen werden. Ansonsten ist der Zeitraum maßgeblich, den der Auftragnehmer für die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen bei Vorliegen normaler Umstände benötigen würde<sup>537</sup>. Die für die Bestimmung einschlägigen Kriterien sind abhängig von den Besonderheiten der im Einzelfall zu erbringenden Gesamtleistung und damit von der Art und Umfang der Aufgabe, insbesondere dem Schwierigkeitsgrad, dem erforderlichen Arbeitsaufwand und den weiteren für die Bewertung der Aufgabe wesentlichen fachlichen Gegebenheiten<sup>538</sup>.

### 1.2. *Abstellen auf die (Regel-)Bauzeit*

575 Sofern die Vertragsparteien auf den Ablauf der (Regel-)Bauzeit abgestellt haben, ist dieser wertausfüllungsbedürftige Begriff anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Hierzu ist aus Sicht der Vertragsparteien bei Vertragsschluss die **realistische Dauer der Bauausführung** zu bemessen. Diese ist abhängig von der Art der Aufgabe und richtet sich nach dem Schwierigkeitsgrad, dem notwendigen Arbeitsaufwand, sowie sonstigen für die Bewertung wesentlichen fachlichen Gesichtspunkten<sup>539</sup>.

### 1.3. *Abstellen auf eine wesentliche Überschreitung der Bauzeit*

576 Haben die Parteien hingegen auf eine wesentliche Überschreitung der Bauzeit und damit auf zwei wertausfüllungsbedürftige Begriffe, einmal die Bauzeit und zum anderen die wesentliche Überschreitung, abgestellt, kann die Überschreitung lediglich mittels einer Gesamtwertung der Vertragsumstände bestimmt werden. In Anlehnung an die Ausführungen zur Auslegung der ungewöhnlich lang dauernden Leistungen nach § 7 Abs. 4 HOAI kann eine wesentliche Überschreitung in etwa bei 30 % der Soll-Bauzeit angenommen werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 482 ff.*).

---

<sup>537</sup> Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 33; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, 8. Auflage, § 4 Rdnr. 29.

<sup>538</sup> BR-Drucks 270/76 S. 9; Matuschak, in: Irmeler, § 7 Rdnr. 33.

<sup>539</sup> BR-Drucks. 270/76 S. 9.

## 2. *Ablauf eines zusätzlichen Zeitrahmens*

Sofern die Vertragsparteien neben dem Überschreiten einer (vereinbarten) (Regel-)Bauzeit auf den Ablauf eines bestimmten Zeitraums abstellen, muss die tatsächliche Bauausführung diesen ebenfalls überschreiten. Ansonsten liegen die Voraussetzungen des Anspruchs nicht vor<sup>540</sup>. 577

## 3. *Vertretenmüssen des Auftragnehmers oder Auftraggebers*

Üblicherweise wird in den Klauseln der Erstattungsanspruch an das Verschulden einer Partei geknüpft. Dabei ist die Formulierung entscheidend dafür, welcher Vertragspartei die **Darlegungs- und Beweislast** zukommt. Wird der Anspruch davon abhängig gemacht, dass der Auftraggeber die Überschreitung der (vereinbarten) (Regel-)Bauzeit zu vertreten haben muss, hat der Auftragnehmer das Verschulden des Auftraggebers darzulegen und zu beweisen<sup>541</sup>. Wird hingegen bestimmt, dass der Auftragnehmer die Überschreitung der (vereinbarten) (Regel-)Bauzeit nicht zu vertreten haben darf, obliegt dem Auftraggeber durch die negative Formulierung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Auftragnehmer die Überschreitung der (Regel-)Bauzeit nicht zu vertreten hat. 578

Haben die Vertragsparteien keine Verschuldensregelung vereinbart, kann der Anspruch des Auftragnehmers dennoch ausgeschlossen sein, wenn er die Bauablaufstörungen zu vertreten hat, da in diesem Fall dem Auftraggeber ein korrespondierender Anspruch wegen Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB zusteht. 579

Nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst das Vertretenmüssen **schuldhaftes und fahrlässiges Verhalten**. Sofern die Vertragsparteien ein **Vertretenmüssen des Auftraggebers als Anspruchsvoraussetzung** festgelegt haben, liegen die Voraussetzungen meist nicht vor, da der Auftraggeber Bauablaufstörungen in der Baupraxis ganz überwiegend nicht zu vertreten hat<sup>542</sup>. 580  
Denn regelmäßig liegen die Umstände, die zu Bauablaufstörungen führen, im Verantwortungsbereich des Bauunternehmens, der Architekten und Ingenieure oder den Baumständen, wie bspw. dem Wetter oder den Bodenverhältnissen. Da das Bauunternehmen kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist, kann diesem auch nicht das Verschulden des Bauunternehmens nicht nach § 278 BGB zugerechnet werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 818 ff.*).

Aus diesem Grund wird teilweise vertreten, dass das Vertretenmüssen nach der Sphärentheorie zu beurteilen sei, so dass dem Auftraggeber sämtliche Verursachungen aus seinem bauvertragli- 581

---

<sup>540</sup> So im Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111.

<sup>541</sup> Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, BauR 1990, 762, 763.

<sup>542</sup> Osenbrück, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, BauR 1990, 762, 764.

chen Risikobereich zugerechnet werden sollen<sup>543</sup>. Dies wird damit begründet, dass bei objektiver Betrachtung mit Treu und Glauben nicht vereinbar sei, dem Auftragnehmer den Nachweis des Verschuldens des Auftraggebers an den Verzögerungsumständen aufzuerlegen<sup>544</sup>. Diese Risikoverteilung sei auch nicht unangemessen, weil Anspruchsvoraussetzung die Unauskömmlichkeit des vereinbarten Bauüberwachungshonorars und der Nachweis zusätzlichen Aufwandes sei<sup>545</sup>. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da sie mit der Dogmatik des BGB nicht zu vereinbaren ist. Soweit die Vertragsparteien geregelt haben, dass eine Partei die Bauablaufstörung verschuldet haben muss, ist damit nach dem objektiven Empfängerhorizont die Verschuldensregelung des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB gemeint. Doch hiernach haben die Vertragsparteien ausschließlich vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten zu vertreten. Eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche durch Sphären sieht das BGB nicht vor. Dies kann auch nicht durch ergebnisorientierte Aspekte, wie die Feststellung der Unauskömmlichkeit des Honorars oder den Nachweis zusätzlichen Aufwandes, gerechtfertigt werden, die im Übrigen ihren Niederschlag in der vertraglichen Regelung nicht gefunden haben.

#### 4. *Vereinbarung der Honoraranpassung*

- 582 Vertragsklauseln über Honoraranpassungsansprüche stellen regelmäßig darauf ab, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Honoraranpassung treffen.
- 583 Treffen die Parteien eine Vereinbarung über die Honoraranpassung, muss sich diese im Rahmen der Bewertungsmaßstäbe der HOAI nach § 7 Abs. 1, 4 HOAI halten. Ist die (vereinbarte) (Regel-)Bauzeit in einem Umfang überschritten, wonach ungewöhnlich lang dauernde Leistungen nach § 7 Abs. 4 HOAI vorliegen, kann das angepasste Gesamthonorar auch innerhalb der errechneten Höchstsatzbegrenzung (hierzu ausführlich *Rdnr. 491 ff.*) vereinbart werden. Eine darüber hinausgehende Honorarvereinbarung ist im Hinblick auf den übersteigenden Betrag unwirksam (hierzu ausführlich *Rdnr. 511 ff.*).
- 584 Fraglich ist, ob der Auftragnehmer einen Anspruch auf Zahlung des angepassten Honorars hat, wenn sich die Vertragsparteien **nicht auf eine Honoraranpassung geeinigt haben**.
- 585 Teilweise wird vertreten, dass der Anspruch des Auftragnehmers auf das angepasste Honorar zwingend die Einigung über die Honoraranpassung bis zum Abschluss des Bauvorhabens ver-

---

<sup>543</sup> Osenbrück, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, *BauR* 1990, 762, 764 f.

<sup>544</sup> Osenbrück, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, *BauR* 1990, 762, 764; Löfelmann/Fleischmann, *Rdnr.* 1082.

<sup>545</sup> Osenbrück, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 11.07.1989 – 22 U 303/88, *BauR* 1990, 762, 765.



lange<sup>546</sup>. Dies wird damit begründet, dass sich die Parteien schließlich nach der vertraglichen Regelung den Abschluss einer Zusatzvereinbarung für den Fall der Bauzeitüberschreitung vorbehalten hätten<sup>547</sup>. Außerdem enthalte die Klausel keine unmittelbare Honorierungsregelung, sondern verpflichte den Auftraggeber bzw. berechtere den Auftragnehmer nur zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung<sup>548</sup>. Der Auftragnehmer habe somit bis zum Abschluss des Bauvorhabens die Möglichkeit, mit dem Auftraggeber eine Einigung über die Honoraranpassung zu treffen<sup>549</sup>. Liegen die Voraussetzungen für eine Einigung vor und komme diese dennoch nicht zustande, könne der Auftragnehmer die Leistung verweigern und die Kündigung des Vertrags androhen<sup>550</sup>. Sofern die Vereinbarung über eine Honoraranpassung nicht bis zum Abschluss des Bauvorhabens erfolge, könne die fehlende Einigung nicht durch die vertragliche Regelung ersetzt werden<sup>551</sup>. Ein Anspruch des Auftragnehmers könne einzig unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben bestehen, wenn der Auftraggeber das Zustandekommen einer entsprechenden Vereinbarung dadurch vereitle oder verzögere, dass er dem sachlich gerechtfertigten Verlangen des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung ausweiche<sup>552</sup>.

Demgegenüber wird vertreten, dass die vertragliche Regelung dem Auftragnehmer einen Anspruch darauf verschaffe, dass der Auftraggeber mit ihm über eine zusätzliche Vergütung verhandle<sup>553</sup>. Sofern keine Einigung über die Honoraranpassung zwischen den Vertragsparteien zustande komme, trete im Rechtsstreit an die Stelle des Anspruchs auf Verhandlung und Einwilligung der Anspruch auf Zahlung der nach dem Vertrag geschuldeten Vergütung<sup>554</sup>. Dies beruhe darauf, dass der zwischen den Parteien vereinbarte Anspruch nach der beiderseitigen Interessenslage nicht nur die Pflicht des Auftraggebers begründe, Verhandlungen mit dem Auftragnehmer aufzunehmen, sondern auch die Pflicht, in die zutreffende Honoraranpassung einzuwilligen<sup>555</sup>. 586

---

<sup>546</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772 zu Klauselbeispiel Nr. 4.

<sup>547</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772.

<sup>548</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772; unter Verweis auf Osenbrück, 3. Auflage, Rdnr. 205.

<sup>549</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772.

<sup>550</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1776; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 146.

<sup>551</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772.

<sup>552</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1773.

<sup>553</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 590; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 325 zu Klauselbeispiel Nr. 6; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 7 Rdnr. 36; a. A. Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, NZBau 2002, 233; Messerschmidt, in: FS Jaegenburg, S. 607, 612.

<sup>554</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 325; bestätigt durch Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 590.

<sup>555</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 325.

Dafür spreche außerdem die zusätzliche Regelung, wonach bei einer Überschreitung der (Regel-)Bauzeit mindestens der nachgewiesene Mehraufwand zu erstatten sei<sup>556</sup>.

587 Letzterer Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Soweit die Vertragsparteien die Formulierung „ist ... zu vereinbaren“ verwenden, haben sich die Vertragsparteien darauf geeinigt, dass das Honorar des Auftragnehmers bei Erfüllung der Voraussetzungen angepasst werden soll. Lediglich die Höhe der Honoraranpassung wollten die Parteien einer späteren Einigung vorbehalten. Auch ist weder dem Wortlaut, noch dem Sinn und Zweck der Norm zu entnehmen, dass der Anspruch auf Honoraranpassung an eine Vereinbarung bis zum Abschluss des Bauvorhabens geknüpft sein soll<sup>557</sup>. Denn auch nach Abschluss des Bauvorhabens können sich die Vertragsparteien faktisch über die Anpassung des Honorars einigen. Die Verpflichtung des Auftraggebers, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Einigung über die Anpassung des Honorars vorzunehmen, kann nicht entfallen, weil die Parteien keine Einigung getroffen haben<sup>558</sup>. Ansonsten könnte der Auftraggeber durch Verweigerung seiner Zustimmung den Anspruch des Auftragnehmers gänzlich zum Erlöschen bringen und die getroffene Vereinbarung konterkarieren.

#### VI. *Anspruchsumfang*

588 Der Anspruchsumfang hängt davon ab, ob die Vertragsparteien einen Anspruch auf Erstattung der Mehraufwendungen (*Abschnitt 1*) oder eine Honoraranpassung vereinbart haben (*Abschnitt 2*).

##### 1. *Höhe des Anspruchs auf Erstattung der Mehraufwendungen*

589 Die Höhe des Anspruchs auf Erstattung der Mehraufwendungen hängt zunächst von dem Begriff der Mehraufwendungen ab, für die verschiedene Definitionen vertreten werden. Zutreffend ist diejenige, wonach Mehraufwendungen Kosten sind, die der Auftragnehmer für die geschuldete Leistung tatsächlich hatte und die er ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte (*Abschnitt 1.1*). Dies bedeutet, dass solche Aufwendungen keine **Mehraufwendungen** darstellen, die bereits nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien mit dem Honorar abgegolten sind (*Abschnitt 1.2*). Erheblich für die Anspruchshöhe ist zudem, welche Honorarbestandteile nach der Parteivereinbarung erstattet werden (*Abschnitt 1.3*).

590

---

<sup>556</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 325 zu Klauselbeispiel 6.

<sup>557</sup> im Ergebnis Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 590.

<sup>558</sup> im Ergebnis Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1041.

Der Höhe nach begrenzt wird der Anspruch auf Erstattung der Mehraufwendungen zum einen durch die Höchstgrenzen der HOAI (*Abschnitt 1.4*). Zum anderen können die Vertragsparteien zusätzlich eine Höchstgrenze vereinbaren (*Abschnitt 1.5*).

Schließlich kommt dem Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers eine entscheidende Bedeutung zu (*Abschnitt 1.6*). 591

### 1.1. Begriff der zu erstattenden Mehraufwendungen

Die Begriffe der notwendigen Aufwendungen und Mehraufwendungen sind synonym zu verstehen. Sie stehen beide für den kostenmäßigen Aufwand, den der Auftragnehmer infolge des Eintritts der bauzeitverlängernden Umstände betreiben muss, um die vertraglich vereinbarten Leistungen zu erbringen. Dabei werden verschiedene Definitionen der notwendigen Aufwendungen bzw. Mehraufwendungen vertreten. 592

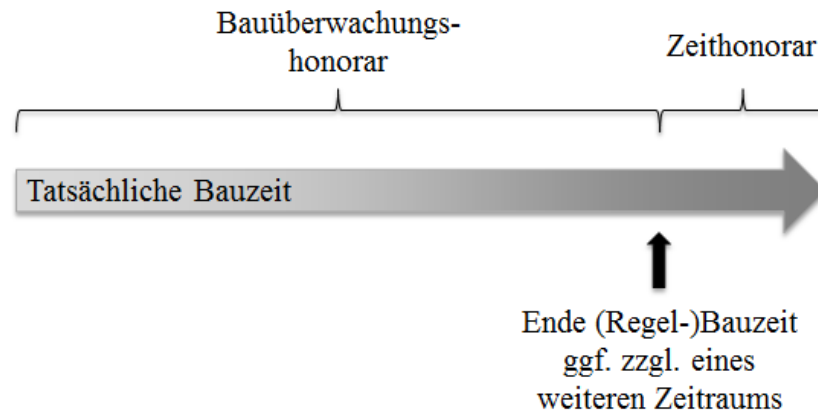
Hiernach sind Mehraufwendungen entweder 593

- anhand des zeitlichen Aufwands des Auftragnehmers nach Ende der vereinbarten Regelbauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums) bis zur Beendigung der Bautätigkeit (*Abschnitt 1.1.1*),
- durch eine pauschale Honorarerhöhung im Verhältnis der regulären Bauzeit zu der überlangen Bauzeit (*Abschnitt 1.1.2*),
- durch Gegenüberstellung der tatsächlichen Aufwendungen für die gesamte Zeit zu dem für die Objektüberwachungsleistungen vereinbarten Honorar (*Abschnitt 1.1.3*),
- durch prozentuale Berechnung der zeitunabhängigen Teilleistungen der Regelbauzeit im Verhältnis zur tatsächlichen Bauzeit (*Abschnitt 1.1.4*) oder
- anhand der Aufwendungen, die der Auftragnehmer für die geschuldete Leistung tatsächlich hatte und die er ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte (*Abschnitt 1.1.5*)

zu berechnen.

### 1.1.1. Abgeltung nach Zeitaufwand

Aus Sicht des Auftragnehmers wird vielfach vertreten, dass Mehraufwendungen anhand des zeitlichen Aufwands des Auftragnehmers nach Ende der vereinbarten (Regel-)Bauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums) bis zur Beendigung der Bautätigkeit zu berechnen sind<sup>559</sup>.



**Abbildung 11: Aufwandsberechnung nach Zeithonorar**

Hierdurch würde der Auftragnehmer mit Ablauf der vereinbarten (Regel-)Bauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums) für jede geleistete Stunde ein Stundenhonorar erhalten.

Dies bedeutet auch, dass bei Eintritt einer Bauablaufstörung, durch die die vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungen lediglich über die vereinbarte (Regel-)Bauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums) hinaus geschoben werden, ohne dass sich hierdurch sein Aufwand erhöht hat, der Auftragnehmer eine zusätzliche Bezahlung erhalten würde<sup>560</sup>.

<sup>559</sup> Ansicht des Auftragnehmers im Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111 und im Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04 Abschnitt I, sowie im Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1249.

<sup>560</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111; Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04 Abschnitt II 2. a); Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03 (rechtskräftig), BauR 2007, 906, 907; Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003 1248, 1249.

Dies kann der Fall sein,

598

- wenn eine Anfangsverschiebung erfolgt ist:

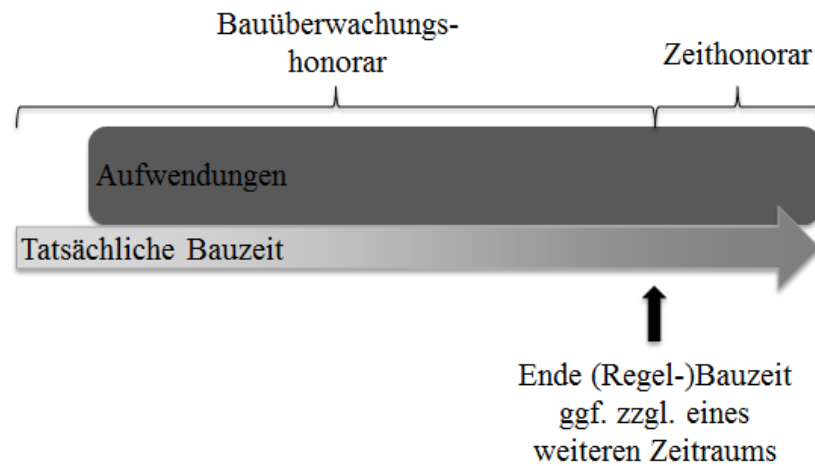


Abbildung 12: Aufwand bei Anfangsverschiebung

- die Bauzeit unterbrochen wurde:

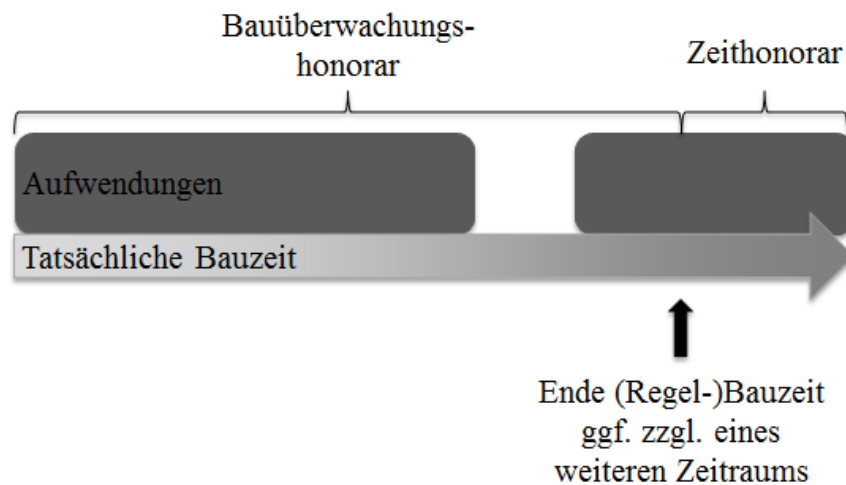


Abbildung 13: Aufwand bei Bauzeitunterbrechung

- oder sich der Bauablauf gestreckt hat, wodurch die Leistungen auf einen längeren Zeitraum verteilt wurden:

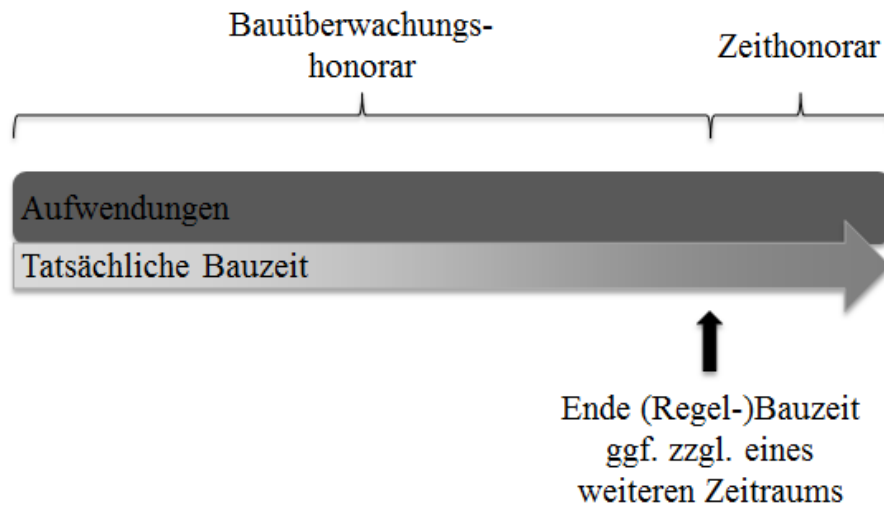


Abbildung 14: Aufwand bei Bauzeitverzögerung

599 Diese Ansicht ist abzulehnen, da diese Berechnungsweise im Extremfall dazu führen könnte, dass der Auftragnehmer für die vereinbarten Vertragsleistungen eine doppelte Bezahlung beanspruchen könnte, ohne dass sich durch den Eintritt der Bauablaufstörungen seine Aufwendungen erhöht haben<sup>561</sup>. Denn dies ist nicht mit dem Sinn und Zweck der Vertragsregelung über die Abgeltung von **Mehraufwendungen** vereinbar. Eine Abrechnung nach Stundenaufwand erfolgt ausschließlich bei Vereinbarung eines Stundenhonorars. Sofern die Vertragsparteien, wie in der Praxis üblich, ein **Pauschalhonorar** vereinbart haben, sind hiermit **sämtliche Aufwendungen** abgegolten, die zur Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung erforderlich sind (hierzu ausführlich *Rdnr. 445 ff.*). Haben die Vertragsparteien keine vertragliche Regelung wegen des Eintritts von Bauablaufstörungen getroffen, müsste daher der Auftragnehmer die Vertragsleistung – unbeachtlich des Umfangs der hierfür erforderlichen Aufwendungen – für das vereinbarte Honorar erbringen, soweit kein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt (hierzu ausführlich *Rdnr. 858 ff.*).

600 Um dem Auftragnehmer bei Eintritt von Bauablaufstörungen einen gerechten Ausgleich zu gewähren, haben die Vertragsparteien eine Regelung getroffen, wonach die infolge der Bauablaufstörungen notwendigen Aufwendungen erstattet werden sollen. Die Vertragsparteien haben nicht beabsichtigt, die Leistungen des Auftragnehmers – entgegen der ursprünglichen Vereinbarung

<sup>561</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04 Abschnitt II 2. a).

einer Pauschale – allein wegen der Tatsache, dass die vereinbarte (Regel-)Bauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums) überschritten ist, mittels eines Stundensatzes zu honorieren. Daher ist das Überschreiten der vereinbarten (Regel-)Bauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums) lediglich Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs und somit eine Anspruchsbegrenzung. Mit Ablauf dieses Zeitraums sollen durch eine Bauzeitverlängerung entstandene Mehraufwendungen honoriert werden.

### 1.1.2. *Pauschalierte Abrechnung durch Verhältnis der regulären zur überlangen Bauzeit*

Nach einer weiteren, oftmals auf Auftragnehmerseite vertretenen Ansicht, seien Mehraufwendungen durch eine pauschale Honorarerhöhung im Verhältnis der regulären Bauzeit zu der überlangen Bauzeit zu ermitteln<sup>562</sup>. Zur Berechnung der Mehraufwendungen (M) sei das vereinbarte Honorar für die Bauüberwachung durch die Anzahl der Monate der Regelbauzeit zu dividieren und mit den Monaten der honorarfähigen Überschreitung zu multiplizieren<sup>563</sup>:

$$M = \frac{H_v}{B_r} * B_t$$

|       |   |                      |              |
|-------|---|----------------------|--------------|
| $H_v$ | = | vereinbartes Honorar | [in €]       |
| $B_r$ | = | Regelbauzeit         | [in Monaten] |
| $B_t$ | = | tatsächliche Bauzeit | [in Monaten] |

Diese Berechnungsweise ist ebenfalls abzulehnen, da auch hiernach eine zeitabhängige Honorierung erfolgt, obwohl die Vertragsparteien ein Pauschalhonorar vereinbart haben. Im Unterschied zur reinen Berechnung der Mehraufwendungen nach Zeitaufwand wird bei dieser Berechnungsweise das zwischen den Parteien vereinbarte Honorar berücksichtigt nach dem Motto „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“. Hierdurch werden sämtliche Honorarbestandteile (unter anderem der Verlust- bzw. Gewinnanteil) abgerechnet, obwohl die Vertragsparteien eine Abgeltung der notwendigen Aufwendungen vereinbart haben und daher zu vermuten ist, dass kein zusätzlicher Gewinnanteil gewährt werden soll (hierzu ausführlich *Rdnr. 668 ff.*).

Außerdem wird mit dieser Berechnungsweise das (pauschal vereinbarte) Honorar auf die Regelbauzeit heruntergebrochen. Hierdurch wird unterstellt, dass der Aufwand, der zur Erbringung der

---

<sup>562</sup> Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1249; Jochem/Kaufhold § 7 Rdnr. 190.

<sup>563</sup> Jochem/Kaufhold, § 7 Rdnr. 190.

vertraglich vereinbarten Leistung erforderlich ist, sämtlich im Rahmen der Regelbauzeit erbracht wurde und sämtliche hierüber hinausgehende Aufwendungen Mehraufwendungen infolge des Eintritts von Bauablaufstörungen seien. Dies beachtet, genauso wie bei der zuerst genannten Ansicht, weder Anfangsverschiebungen, Bauablaufunterbrechungen oder Bauzeitverzögerungen. Sollte sich daher lediglich der Zeitraum der Leistungserbringung des Auftragnehmers verschoben und trotzdem sein Aufwand nicht erhöht haben, würde ebenfalls eine doppelte Bezahlung von Vertragsleistungen erfolgen. Daher ist auch die zweite Ansicht abzulehnen, da gegen eine Doppelberechnung die Vereinbarung eines Pauschalhonorars und das Interesse der Parteien an einer ausschließlichen Abgeltung von Mehraufwendungen sprechen.

*1.1.3. Verrechnung der tatsächlichen Aufwendungen mit dem Honorar der Objektüberwachung*

604 Um eine doppelte Abgeltung von Objektüberwachungsleistungen zu vermeiden wird vertreten, Mehraufwendungen durch Differenzbildung zu ermitteln<sup>564</sup>. Hierzu werden die tatsächlichen Aufwendungen für die gesamte Zeit dem für die Objektüberwachungsleistungen vereinbarten Honorar gegenübergestellt<sup>565</sup>. Mehraufwendungen seien damit die über das vereinbarte Honorar hinausgehenden Aufwendungen:

---

<sup>564</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 15.11.2005 – 11 U 6/05, NZBau 2007, 587 (Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05); Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775; Ansicht der Oberfinanzdirektion/Beklagten im Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01 Rdnr. 10; Ansicht des Auftraggebers im Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt I; Ansicht des Auftraggebers im Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 114; a. A. Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 590.

<sup>565</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 15.11.2005 – 11 U 6/05, NZBau 2007, 587 (Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05); Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775; Ansicht der Oberfinanzdirektion/Beklagten im Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01 Rdnr. 10; Ansicht des Auftraggebers im Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt I; Ansicht des Auftraggebers im Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 114.



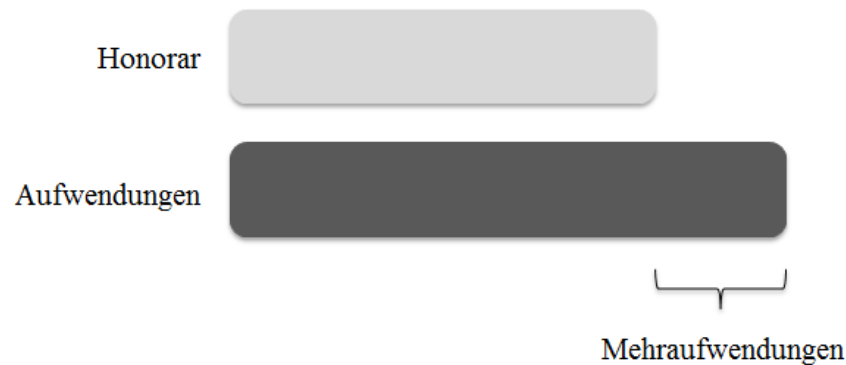


Abbildung 15: Gegenüberstellung von Honorar und Aufwendungen

Zur Begründung berufen sich die Vertreter dieser Ansicht auf ein Urteil des BGH vom 24.02.1983<sup>566</sup>, wonach Mehraufwendungen erst und nur insoweit erstattet werden können, wenn und soweit die Aufwendungen die Gebühr inklusive des Gewinns vollen Umfangs aufgezehrt haben<sup>567</sup>. Der BGH wendete in diesem Urteil die entsprechend dem Vertragsschluss im Jahre 1974 einschlägige Vorgängerin der HOAI, die Gebührenordnung für Architekten (GOA), an. Nach § 10 Abs. 5 Satz 2 GOA konnten höhere Aufwendungen neben der für die Leistungen festgesetzten Gebühr geltend gemacht werden, sofern sie besonders nachgewiesen wurden.

Die benannte ehemalige Regelung des § 10 Abs. 5 Satz 2 GOA kann jedoch nicht auf die Auslegung der einschlägigen Vertragsklauseln übertragen werden. Denn anders als die Vorschrift der GOA, welche bereits die Aufwendungen in Bezug zum Honorar setzt („höhere Aufwendungen“), vereinbarten die Vertragsparteien die Erstattung des Mehraufwandes nach Zeitablauf („darüber hinaus entstandenen notwendigen **Mehraufwendungen**“)<sup>568</sup>. Die Begrenzung für die Berechnung der Mehraufwendungen ist daher alleine der vertraglich festgelegte Zeitpunkt und nicht das vereinbarte Honorar<sup>569</sup>.

Hinzu kommt, dass das Honorar für Objektüberwachungsleistungen überwiegend als Pauschalhonorar vereinbart wird, welches unabhängig vom tatsächlichen Aufwand ist, da Minder- oder

<sup>566</sup> Urteil des BGH vom 24.02.1983 – VII ZR 87/82, NJW 1983, 1556.

<sup>567</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 15.11.2005 – 11 U 6/05, NZBau 2007, 587, 590 (Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05) unter Verweis auf Osenbrück, 4. Auflage, S. 368; Messerschmidt, in: FS Jagenburg, S. 616.

<sup>568</sup> Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1037.

<sup>569</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 590.

Mehraufwendungen gerade zu keiner Vertragsanpassung führen sollen. Dies wäre jedoch der Fall, würden sämtliche Aufwendungen der Objektüberwachungsleistungen mit dem hierfür vereinbarten Honorar verrechnet werden, da dann sämtliche Leistungen nach Aufwand abgerechnet werden würden<sup>570</sup>.

609 Zudem würde mithilfe dieser Berechnungsweise bei identischem Aufwand ein niedrig vereinbartes Honorar zu einem hohen Anspruch auf Erstattung der Mehraufwendungen und ein hohes Honorar zu einem niedrigen Anspruch führen, was nicht interessengerecht ist. Außerdem könnte hierdurch der im Honorar enthaltene Gewinnanteil des Auftragnehmers durch die Verrechnung mit den tatsächlichen Aufwendungen gänzlich entfallen. Nach dem Wortlaut und objektiv zu ermittelnden Parteiwillen soll hingegen der konkrete Mehraufwand honoriert werden, der auf die eingetretenen Bauablaufstörungen zurückzuführen ist, d. h. die über den gewöhnlichen Aufwand hinausgehenden Aufwendungen<sup>571</sup>. Durch die Gegenüberstellung des gesamten Aufwandes müsste hingegen der Auftragnehmer seine gesamten für die Leistungen notwendigen Aufwendungen darlegen und beweisen, was zu einem deutlich erhöhten Abrechnungsaufwand führen würde<sup>572</sup>.

#### *1.1.4. Mehrhonorarberechnung anhand des prozentualen Anteils von zeitabhängigen und zeitunabhängigen Teilleistungen*

610 Eine weitere Ansicht basiert auf der Annahme, dass Mehraufwendungen bei Eintritt von Bauablaufstörungen alleine die zeitabhängigen Grundleistungen der Objektüberwachungsphase (hierzu ausführlich *Rdnr. 622 ff.*) betreffen<sup>573</sup>. Verlängere sich bspw. die verbindlich vorgegebene Bauzeit auf das Doppelte, liege daher nahe, den Anteil der zeitabhängigen Grundleistungen mit ihren jeweiligen Bewertungsansätzen entsprechend zu verdoppeln<sup>574</sup>. Dabei seien in etwa 50 % der Grundleistungen der Objektüberwachungsphase zeitabhängig<sup>575</sup>. Da die Leistungsphase 8 nach § 34 Abs. 3 Nr. 8 HOAI mit 32 % bewertet wird, beträgt der Anteil der zeitabhängigen Grundleistungen bei Beauftragung der gesamten Leistungsphase 16 %<sup>576</sup>.

---

<sup>570</sup> Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03 (rechtskräftig), *BauR* 2007, 906, 907; Ansicht des Architekten im Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, *BauR* 2003, 1248, 1249.

<sup>571</sup> Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03 (rechtskräftig), *BauR* 2007, 906, 907.

<sup>572</sup> Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, *BauR* 2003, 1248, 1249.

<sup>573</sup> Messerschmidt *NZBau* 2007, 746, 748.

<sup>574</sup> Messerschmidt *NZBau* 2007, 746, 748.

<sup>575</sup> Messerschmidt *NZBau* 2007, 746, 748.

<sup>576</sup> Die Ansicht von Messerschmidt *NZBau* 2007, 746, 748 basiert noch auf der HOAI 2009, nach der die Leistungsphase 8 lediglich mit 31 % bewertet wurde.

Anschließend wird durch Division dieses prozentualen Anteils mit der vereinbarten bzw. gewöhnlichen Bauzeit ein prozentualer Wert pro Monat der ursprünglich angedachten Bauzeit berechnet, der dann sowohl mit der über diesen Zeitpunkt hinausgehenden Bauzeit, als auch mit dem Honorar für die Objektüberwachungsleistungen multipliziert wird<sup>577</sup>. Die Berechnungsformel lautet daher wie folgt:

$$M = H_{LP8AZ;HZ;HS} * \frac{GL_{zu}}{B_r} * B_v$$

|                   |   |                                  |                           |
|-------------------|---|----------------------------------|---------------------------|
| $H_{LP8AZ;HZ;HS}$ | = | Honorar für die Leistungsphase 8 | [in €]                    |
| $AK$              | = | anrechenbare Kosten              | [in €]                    |
| $HZ$              | = | Honorarzone                      | (= I, II, ...)            |
| $HS$              | = | vereinbarter Honorarsatz         | [in % des Honorarrahmens] |
| $GL_{zu}$         | = | zeitabhängige Grundleistung      | [in %]                    |
| $B_r$             | = | Regelbauzeit                     | [in Monaten]              |
| $B_v$             | = | verlängerte Bauzeit              | [in Monaten]              |

Diese Berechnungsweise wird damit begründet, dass der zusätzliche Honoraranspruch bei Mehraufwendungen vorrangig an den HOAI-Honorarparametern festzumachen sei, weil sich die Bemessung der Vergütung der ausgeführten Architektenleistungen grundsätzlich zwingend an den HOAI-Preisbemessungsfaktoren zu orientieren habe<sup>578</sup>.

Doch auch eine Berechnung von Mehraufwendungen nach dieser Ansicht ist abzulehnen. Denn sie unterstellt, dass sich der Aufwand für die zeitabhängigen Teilleistungen bei Bauzeitverlängerungen zwangsweise erhöht. Berücksichtigt wird nicht, dass dieser auch identisch bleiben kann, bspw. wenn Bauzeitunterbrechungen oder Anfangsverschiebungen eintreten. Dennoch würde er Auftragnehmer eine zusätzliche Bezahlung erhalten, die dann zu einer Doppelbezahlung der Vertragsleistungen führen würde. Eine prozentuale Berechnung von Mehraufwendungen mittels der Pauschalierung von zeitabhängigen Grundleistungen ist daher abzulehnen.

#### 1.1.5. Gegenüberstellung des hypothetischen und des tatsächlichen Aufwands

Zur Vermeidung der vorgenannten Umstände wird überwiegend vertreten, dass Mehraufwendungen **Aufwendungen** sind, **die der Auftragnehmer für die geschuldete Leistung tatsäch-**

<sup>577</sup> Messerschmidt, NZBau 2007, 746, 748.

<sup>578</sup> Messerschmidt, NZBau 2007, 746, 748.

lich hatte und die er ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte<sup>579</sup>. Mehraufwendungen sind daher solche Aufwendungen, die kausal bedingt durch die bauzeitverlängernden Umstände entstanden sind. Wären die bauzeitverlängernden Umstände nicht eingetreten, hätte der Auftragnehmer diese Aufwendungen nicht gehabt (conditio sine qua non).

615 Für diese Ansicht spricht, dass Mehraufwendungen wegen Bauablaufstörungen nicht punktgenau mit Ablauf eines vereinbarten oder gewöhnlichen Zeitraums, sondern an verschiedenen Stellen des Bauablaufs eintreten:

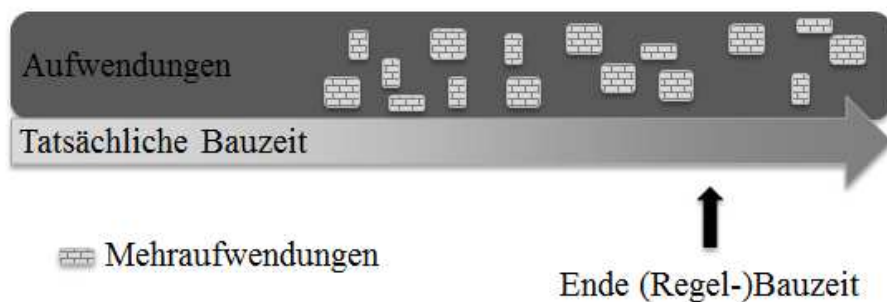


Abbildung 16: Hypothetische Aufwendungen und Mehraufwendungen

616 Auch verhindert eine Gegenüberstellung der gesamten Aufwendungen zu den hypothetischen Aufwendungen die doppelte Bezahlung von Bauüberwachungsleistungen. Außerdem bleibt das Honorar, insbesondere der hierin inbegriffene Honoraranteil, den die Parteien für den gewöhnlichen Aufwand der Objektüberwachungsleistungen vereinbart haben, unangetastet, da keine Verrechnung mit dem Honorar erfolgt, sondern die über die geplanten Aufwendungen hinaus entstandenen Mehraufwendungen zusätzlich erstattet werden. Diese Berechnungsweise entspricht sowohl dem Wortlaut der Vereinbarung, als auch dem gemeinsamen Parteiwillen.

## 1.2. Ermittlung des Vertragsinhalts

617 Mehraufwendungen können nicht solche Aufwendungen sein, die bereits vom Leistungsinhalt des geschlossenen Architekten- und Ingenieurvertrags (Grundvereinbarung) erfasst sind<sup>580</sup>. Denn

<sup>579</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 590; Urteil des BGH vom 03.07.1997 – VII ZR 319/95, NJW-RR 1997, 1377; Urteil des KG Berlin vom 13.04.2010 – 21 U 149/06, Abschnitt III; Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111; Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04 Abschnitt II 2. b); Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1250.

<sup>580</sup> Urteil des BGH vom 26.04.2005 – X ZR 166/04, NZBau 2005, 453, 454; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 323; Urteil des BGH vom 23.06.1994 – VII ZR 163/93, NJW-RR 1994, 1108, 1109; Budde, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 23 Rdnr. 41; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 68; Ausführun-

diese Aufwendungen sind bereits durch das vereinbarte Honorar abgegolten und können daher nicht Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung wegen Bauablaufstörungen sein<sup>581</sup>. Andernfalls würden die vereinbarten Leistungen doppelt bezahlt werden, einmal durch das vereinbarte Honorar und zum anderen durch die erstatteten Mehraufwendungen. Daher müssen die Ist-Aufwendungen von den Soll-Aufwendungen abweichen (sog. Soll-Ist-Abweichung)<sup>582</sup>. Mehraufwendungen liegen nur dann vor, **wenn die Ist-Aufwendungen die Soll-Aufwendungen übersteigen**.

### 1.2.1 *Abgrenzung von Leistungs-Soll und Leistungserfolg*

Von dem vereinbarten Leistungs-Soll ist der vertraglich geschuldeten Leistungs-Erfolg zu unterscheiden. Das vereinbarte Leistungs-Soll umfasst den Umfang der vereinbarten Leistungen, welcher als Äquivalent der geschuldeten Vergütung gegenüber steht<sup>583</sup>. Dieser bestimmt daher, ob der Auftragnehmer verpflichtet ist, eine Leistung ohne eine veränderte Vergütung auszuführen<sup>584</sup>. 618

Demgegenüber bestimmt der Leistungserfolg, wann der Auftragnehmer seine Vertragspflichten vollständig erfüllt hat. Denn der Auftragnehmer ist aufgrund der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags verpflichtet ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk entstehen zu lassen<sup>585</sup>. Andernfalls ist seine Leistung mangelhaft<sup>586</sup>. Hieraus können dann Nacherfüllungspflichten sowie sekundäre Ansprüche, wie bspw. Schadensersatz, folgen. Der Leistungserfolg steht somit dem Umfang der Leistungspflichten gegenüber und nicht dem Honoraranspruch. Nur wenn Leistungs-Erfolg und Leistungs-Soll auseinanderfallen, kann dem Auftragnehmer ein zusätzlicher Honoraranspruch zustehen<sup>587</sup>. 619

### 1.2.2 *Bestimmung des Leistungs-Solls*

Treffen die Parteien eine ausdrückliche Vereinbarung über den Leistungsinhalt, ist dieser stets maßgeblich für die Beurteilung, welche Aufwendungen mit dem Honorar abgegolten sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Vertragsparteien **Kriterien vereinbaren, die einen unmittel-** 620

---

gen zum VOB/B-Vertrag die entsprechend gelten Kuffer, ZfBR 2004, 110; Lederer, in: Lederer/Heymann, Kapitel 1 Rdnr. 162; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 33 Rdnr. 73.

<sup>581</sup> Urteil des BGH vom 26.04.2005 – X ZR 166/04, NZBau 2005, 453, 454.

<sup>582</sup> Zum Bauvertragsrecht Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 100 ff.; Band 2, Rdnr. 1010 ff.

<sup>583</sup> Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 67; Motzke, NZBau 2002, 641 f.

<sup>584</sup> Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 67; Motzke, NZBau 2002, 641 f.

<sup>585</sup> Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, Einführung in das Architekten- und Ingenieurrecht Rdnr. 111.

<sup>586</sup> Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, Einführung in das Architekten- und Ingenieurrecht Rdnr. 111.

<sup>587</sup> Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 5. Teil Rdnr. 67.

**telbaren Bezug zur Honorarbildung haben**, wie bspw. die Bestimmung der Honorarzone<sup>588</sup>. Hierdurch werden sämtliche Aufwendungen abgegolten, die im Rahmen der Bestimmung der Honorarzone berücksichtigt wurden<sup>589</sup>.

621 Andernfalls ist das Leistungs-Soll durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Umfasst sind hiernach die Aufwendungen, die aus Sicht eines objektiven Dritten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zur Erfüllung der Vertragspflichten erbracht werden müssen. Dies betrifft insbesondere sämtliche **Umstände, die im Zeitpunkt der Auftragserteilung vorhersehbar waren**<sup>590</sup>. Hierdurch werden sie Vertragsinhalt und können nicht Gegenstand weiterer Honoraransprüche sein. Demgegenüber werden **unübliche und nicht vorhersehbare Umstände, die zu Bauablaufstörungen führen können aus Sicht der Vertragsparteien nicht durch das Honorar abgegolten**<sup>591</sup>.

### 1.2.3 *Zeitabhängige und zeitunabhängige Grundleistungen*

622 Des Weiteren ist zur Bestimmung von Mehraufwendungen zwischen Grundleistungen zu unterscheiden, die in ihrem Umfang entweder zeitabhängig oder zeitunabhängig sind, da sich einzig bei zeitabhängigen Grundleistungen durch den Eintritt von Bauablaufstörungen die Leistungsinintensität erhöht und hierdurch zusätzliche Aufwendungen entstehen können<sup>592</sup>.

#### 1.2.3.1 *Zeitabhängige Grundleistungen*

623 **Zeitabhängige** Grundleisten werden über einen längeren Zeitraum hinaus erbracht<sup>593</sup>, so dass sich bei Eintritt von Bauablaufstörungen dessen Umfang erweitert und damit die hierfür erforderlichen Aufwendungen des Auftragnehmers erhöhen<sup>594</sup>.

624

---

<sup>588</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1776; Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

<sup>589</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1776; Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

<sup>590</sup> Berger/Fuchs, Rdnr. 308.

<sup>591</sup> Berger/Fuchs, Rdnr. 308.

<sup>592</sup> Messerschmidt, Architekten- und Ingenieurhonorar bei Planungs- und Bauzeitverlängerung, NZBau 2007, 746, 748; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1038.

<sup>593</sup> Rohrmüller, Anmerkung zum Urteil des KG Berlin vom 13.04.2010 – 21 U 149/06, IBR 2012, 586 f.

<sup>594</sup> Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1039.

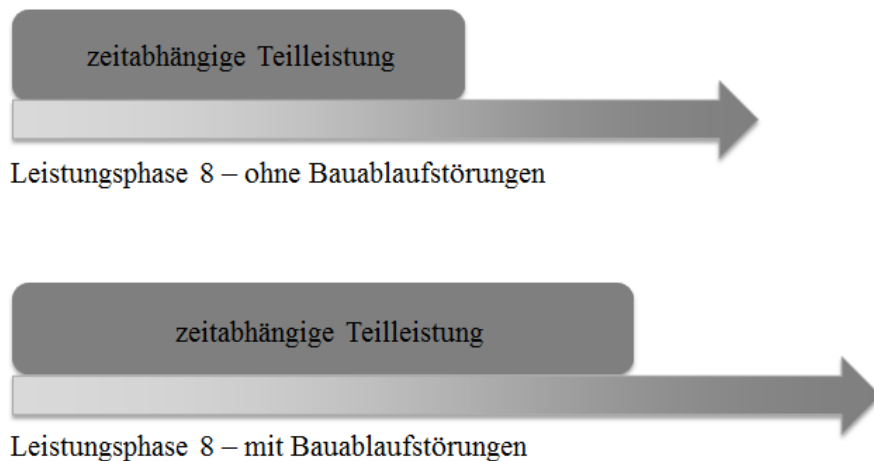


Abbildung 17: Zeitabhängige Teilleistung mit und ohne Bauzeitverzögerung

### 1.2.3.2 Zeitunabhängige Grundleistungen

Grundleistungen, die hingegen in ihrem Umfang **zeitunabhängig** sind, werden in einem kurzen Zeitraum oder sogar lediglich zu einem Zeitpunkt erbracht. Bei Eintritt von Bauablaufstörungen erhöhen sich die Aufwendungen nicht, sondern die Leistung verschiebt sich lediglich zeitlich nach hinten.

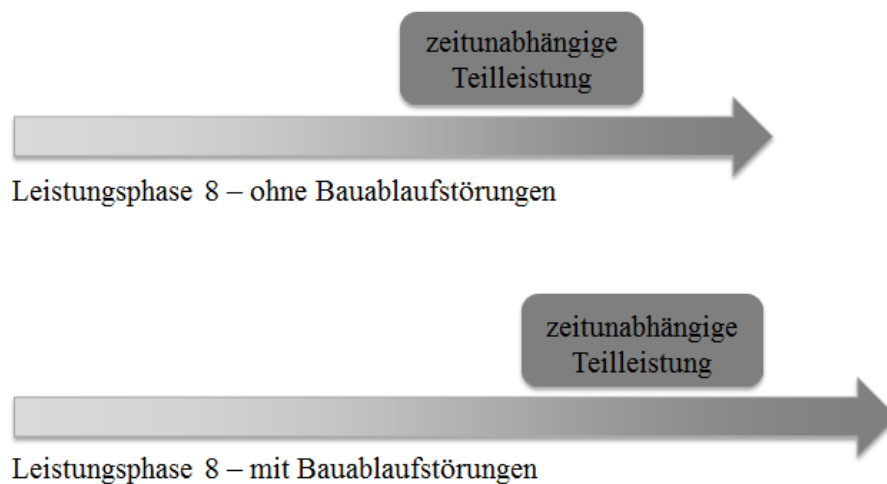


Abbildung 18: Zeitunabhängige Teilleistung

Würden die Aufwendungen für bauzeitunabhängige Grundleistungen erstattet werden, würde dies zu einer doppelten Bezahlung führen, da die (sich nicht erhöhenden) Aufwendungen bereits

durch das vereinbarte Honorar abgegolten sind<sup>595</sup>. Dabei ist die zeitliche Verschiebung der Leistungserbringung grundsätzlich unerheblich, da einer Vertragsauslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont grundsätzlich nicht zu entnehmen ist, dass die Leistungserbringung an einen bestimmten Zeitpunkt geknüpft ist, so dass die Fixierung der Leistungserbringung auf einen bestimmten Zeitraum einer ausdrückliche Parteivereinbarung bedarf<sup>596</sup>.

628 Ein Mehraufwand des Auftragnehmers entsteht bei zeitunabhängigen Leistungen nur dann, wenn die Leistung abgeschlossen wurde und aufgrund des Eintretens bestimmter Umstände erneut erbracht werden musste. Dies ist für gewöhnlich nur der Fall, wenn der Leistungsinhalt von den Parteien geändert wird und damit Mehrleistungen vorliegen (zur Honorierung von Mehrleistungen ausführlich *Rdnr. 102 ff.*).

### 1.2.3.3 *Einordnung der Grundleistungen der Objektüberwachungsphase in zeitabhängige und zeitunabhängige Leistungen*

629 Im Folgenden werden die Grundleistungen der Objektüberwachungsphase (Leistungsphase 8) in zeitabhängige und zeitunabhängige Leistungen unterteilt. Dabei sind sämtliche Überwachungsleistungen (*Abschnitt 1.2.3.3.1*) sowie Grundleistungen zur Bausteuerung und Dokumentation (*Abschnitt 1.2.3.3.2*) in ihrem Umfang zeitabhängig. Hingegen sind die Grundleistungen zur Kostenverfolgung bis auf die Kostenkontrolle (*Abschnitt 1.2.3.3.3*) und die Grundleistungen zur Leistungsabnahme (*Abschnitt 1.2.3.3.4*) bis auf die Überwachung der Mängelbeseitigung, die auch zeitabhängig sein können, ihrem Umfang nach zeitunabhängig. Die Grundleistungen zur Leistungsübergabe (*Abschnitt 1.2.3.3.5*) sind sämtlich zeitunabhängig.

630

| <b>Zeitabhängige Grundleistung</b>                                                                                                                                                                                          | <b>Zeitunabhängige Grundleistung</b>                                                                                                                                                           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ausführungsüberwachung von Objekten (Buchstabe a)</li> <li>• Ausführungsüberwachung von Tragwerken (Buchstabe b)</li> <li>• Koordinierung der Beteiligten (Buchstabe c)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gemeinsames Aufmaß (Buchstabe f)</li> <li>• Rechnungsprüfung (Buchstabe g)</li> <li>• Ergebnisvergleich der Rechnungsprüfung (Buchstabe h)</li> </ul> |

<sup>595</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 323.

<sup>596</sup> Rohrmüller, Anmerkung zum Urteil des KG Berlin vom 13.04.2010 – 21 U 149/06, IBR 2012, 586 f.



- |                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Führen des Terminplans (Buchstabe d)</li> <li>• Bauablaufdokumentation (Buchstabe e)</li> <li>• Kostenkontrolle (Buchstabe i)</li> <li>• Überwachung der Mängelbeseitigung (Buchstabe p)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Kostenfeststellung (Buchstabe j)</li> <li>• Abnahme der Bauleistungen (Buchstabe k)</li> <li>• Antrag auf öffentlich-rechtliche Abnahmen (Buchstabe l)</li> <li>• Überwachung der Mängelbeseitigung (Buchstabe p)</li> <li>• Systematische Zusammenstellung der Dokumentation (m)</li> <li>• Übergabe des Objekts (Buchstabe n)</li> <li>• Auflistung der Verjährungsfristen (Buchstabe o)</li> </ul> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

**Abbildung 19: Unterscheidung zwischen zeitabhängigen und zeitunabhängigen Grundleistungen**

*Anlage 10*

*(zu § 34 Absatz 4, § 35 Absatz 7)*

*Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume,*

*Besondere Leistungen, Objektlisten*

*10.1 Leistungsbild Gebäude und Innenräume*

*LPH 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung) und Dokumentation*

*a) Überwachen der Ausführung des Objektes auf Übereinstimmung mit der öffentlich-rechtlichen Genehmigung oder Zustimmung, den Verträgen mit ausführenden Unternehmen, den Ausführungsunterlagen, den einschlägigen Vorschriften sowie mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik*

*b) Überwachen der Ausführung von Tragwerken mit sehr geringen und geringen Planungsanforderungen auf Übereinstimmung mit dem Standsicherheitsnachweis*

Die Überwachungsleistungen stellen das Kernstück der Leistungsphase 8 dar. Ziel ist es, dass das Bauvorhaben nach den Plänen des Auftragnehmers umgesetzt und mängelfrei errichtet wird<sup>597</sup>. Dabei ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet, ständig auf der Baustelle anwesend sein, um die Bauarbeiten zu kontrollieren<sup>598</sup>. Umfang und Intensität der Überwachungstätigkeit hängen von den Anforderungen der Baumaßnahme und den jeweiligen Umständen, insbesondere dem Schwierigkeitsgrad der Bauaufgabe, ab<sup>599</sup>. Einfache, allgemein übliche bzw. gängige Bauarbeiten, welche jedem ausführenden Unternehmer geläufig sind bzw. sein müssen, müssen nicht überwacht werden<sup>600</sup>. Es reicht aus, wenn sich der Auftragnehmer von der Ordnungsgemäßheit der Arbeiten nach deren Fertigstellung oder – soweit dann keine Feststellungen mehr möglich

<sup>597</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 125.

<sup>598</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 241, 244; Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 116; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 239 unter Verweis auf BGH Schäfer/Finnern Z 3.00 Bl. 165

<sup>599</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 116; Urteil des BGH vom 10.02.1994 – VII ZR 20/93, NJW 1994, 1276, 1277; Urteil des BGH vom 10.03.1977 – VII ZR 278/75, NJW 1977, 899 f.; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 241; Urteil des BGH vom 06.12.1984 – VII ZR 305/83, S/F/H, § 633 BGB Nr. 48; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 239 unter Verweis auf BGH Schäfer/Finnern Z 3.00 Bl. 165

<sup>600</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 239 unter Verweis auf BGH Schäfer/Finnern Z 3.00 Bl. 165

sind – durch Stichproben von der Ausführung überzeugt<sup>601</sup>. Darüber hinaus ist eine Aufsichtstätigkeit des Auftragnehmers oder eines zuverlässigen Mitarbeiters an Ort und Stelle grundsätzlich immer dann erforderlich, wenn wichtige Bauvorgänge vorgenommen werden, welche für die Erreichung der Bauaufgabe sowohl in technischer, insbesondere konstruktiver, als auch in gestalterischer Hinsicht von wesentlicher Bedeutung sind<sup>602</sup>.

Wird der Auftragnehmer neben der Objektplanung zusätzlich mit der Planung von Tragwerken mit sehr geringen oder geringen Planungsanforderungen beauftragt, umfasst die Überwachungstätigkeit auch die der Tragwerke ohne dass eine Fachplanung gesondert übertragen wurde. Hintergrund ist, dass aus fachlicher Sicht bei einfachsten Bauvorhaben die Hinzuziehung eines Tragwerksplaners zur Kontrolle der Bauausführung nicht erforderlich ist<sup>603</sup>. 633

Da sich die Ausführungsüberwachung nach den Anforderungen der Baumaßnahmen sowie den jeweiligen vorherrschenden Umständen richtet, führt der Eintritt von Bauablaufstörungen dazu, dass sich der Leistungsumfang des Auftragnehmers intensiviert und Mehraufwendungen entstehen. Überwachungsleistungen sind daher ihrem Umfang nach **zeitabhängige Grundleistungen**. 634

#### 1.2.3.3.2 Grundleistungen der Bausteuerung und Dokumentation

##### *Anlage 10*

##### *(zu § 34 Absatz 4, § 35 Absatz 7)*

##### *Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume,*

##### *Besondere Leistungen, Objektlisten*

##### *10.1 Leistungsbild Gebäude und Innenräume*

##### *LPH 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung) und Dokumentation*

##### *c) Koordinieren der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten*

##### *d) Aufstellen, Fortschreiben und Überwachen eines Terminplans (Balkendiagramm)*

##### *e) Dokumentation des Bauablaufs (zum Beispiel Bautagebuch)*

<sup>601</sup> Urteil des BGH vom 11.03.1971 – VII ZR 132/69, BauR 1971, 131; Urteil des OLG Braunschweig vom 28.02.1973 – 3 U 136/72, VersR 1974, 436; Urteil des LG Köln vom 13.10.1980 – 7 O 41/80, VersR 1981, 1191; Neuenfeld, BauR 1981, 436, 441; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 244.

<sup>602</sup> Urteil des BGH vom 10.03.1977 – VII ZR 278/75, NJW 1977, 898, 899; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 239; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 245; Urteil des BGH vom 10.02.1994 – VII ZR 20/93, NJW 1994, 1276, 1277; Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 116; Urteil des BGH vom 06.07.2000 – VII ZR 82/98, NJW-RR 2000, 1468, 1469.

<sup>603</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 145.

- 636 Die Grundleistungen zur Bausteuerung und Dokumentation sind sämtlich **zeitabhängig**.
- 637 Sie umfassen zunächst eine **allgemeine Koordinierungsverpflichtung**<sup>604</sup> des Auftragnehmers hinsichtlich der übrigen am Bau Beteiligten. Dies betrifft sowohl das nahtlose Ineinandergreifen, als auch das reibungslose Zusammenwirken zwischen den Unternehmen bzw. Handwerkern sowie den Unternehmern und Sonderfachleuten<sup>605</sup>. Auch hat der Auftragnehmer dafür Sorge zu tragen, dass kein Baubereich im Verlaufe der Ausführung ohne fachkundige Aufsicht ist oder bleibt<sup>606</sup>. Demzufolge müssen die jeweiligen Aufsichtsbereiche untereinander lückenlos aufgeteilt werden und es dürfen keinerlei Überschneidungen auftreten<sup>607</sup>. Da sich diese Tätigkeit nach den Anforderungen der Baumaßnahmen und den jeweiligen Umständen richtet, führt der Eintritt von Bauablaufstörungen zur Erhöhung der Intensität der Leistungserbringung. Diese Grundleistung ist daher in ihrem Umfang zeitabhängig.
- 638 Zusätzlich werden mittels eines **Balkendiagramms** Arbeitsbeginn und –ende des jeweiligen Bauloses auf eine Zeittafel aufgetragen, so dass sich die Bauabwicklung in zeitlicher Abfolge ablesen lässt<sup>608</sup>. Hierdurch soll eine bestmögliche Übersicht über die jeweiligen Tätigkeitsabläufe herbeigeführt und die Koordinierung der Leistungen der an der Objektplanung und Überwachung Beteiligten (Buchstabe c)) ermöglicht werden<sup>609</sup>. Dabei erschöpft sich das Führen eines Terminplans nicht in der einmaligen Erstellung. Im Rahmen der 7. HOAI-Novelle im Jahr 2013 hat der Verordnungsgeber nunmehr (aus Klarstellungsgründen<sup>610</sup>), neben dem Aufstellen und Überwachen, die Fortschreibung des Terminplans aufgenommen. Daher ist der Auftragnehmer auch verpflichtet, den Terminplan stetig an die vorherrschenden Verhältnisse anzupassen, so dass sich sein Leistungsaufwand bei Eintritt von Bauablaufstörungen erhöht. Diese Grundleistung ist daher ebenfalls ihrem Umfang nach zeitabhängig.
- 639 Ergänzend werden im Bautagebuch die Leistungen der Baubeteiligten, die Lieferungen, die Witterungsbedingungen und gegebenenfalls auch die Anwesenheit der Baubeteiligten festgehal-

---

<sup>604</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 254; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 243.

<sup>605</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 254.

<sup>606</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 243.

<sup>607</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 243.

<sup>608</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 148.

<sup>609</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 220; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 245.

<sup>610</sup> Fahrenbruch, in: Steeger, § 33 Rdnr. 199; Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 148; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 33 Rdnr. 105; kritisch Studie über den Aktualisierungsbedarf zur Honorarstruktur der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Dresden/Berlin/Cottbus/Kassel, Dezember 2012, Anlagenband 1, Anlage 6.4 Nr. 2.1.

ten<sup>611</sup>. Mit dieser Dokumentation des Bauablaufes (bspw. in Form eines Bautagebuches) sollen zu einem späteren Zeitpunkt insbesondere Aufklärungen über die Ursachen von aufgetretenen Baumängeln festgestellt werden können<sup>612</sup>. Entsprechend der Ausführungsüberwachung muss der Auftragnehmer auch bei der Dokumentation des Bauablaufs nicht täglich auf der Baustelle anwesend sein, um Eintragungen in das Bautagebuch vorzunehmen<sup>613</sup>. Dennoch ist das Bautagebuch zu führen, wenn eine Überwachungstätigkeit geschuldet ist<sup>614</sup>. Denn eine nachträgliche Aufstellung eines Bautagebuches wird dessen Beweiszweck nicht hinreichend gerecht<sup>615</sup>. Daher knüpft die Intensität der Dokumentation an die Überwachungstätigkeit an, so dass diese Grundleistung ebenfalls ihrem Umfang nach zeitabhängig ist.

#### 1.2.3.3.3 Grundleistungen zur Kostenverfolgung

640

### *Anlage 10*

*(zu § 34 Absatz 4, § 35 Absatz 7)*

*Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume,*

*Besondere Leistungen, Objektlisten*

#### *10.1 Leistungsbild Gebäude und Innenräume*

##### *LPH 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung) und Dokumentation*

*f) Gemeinsames Aufmaß mit den ausführenden Unternehmen*

*g) Rechnungsprüfung einschließlich Prüfen der Aufmäße der bauausführenden Unternehmen*

*h) Vergleich der Ergebnisse der Rechnungsprüfungen mit den Auftragssummen einschließlich Nachträgen*

*i) Kostenkontrolle durch Überprüfen der Leistungsabrechnung der bauausführenden Unternehmen im Vergleich zu den Vertragspreisen*

*j) Kostenfeststellung, zum Beispiel nach DIN 276*

<sup>611</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr.149; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 222; Neuenfeld, BauR 1981, 436, 436, 437.

<sup>612</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr.149; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 222; Neuenfeld, BauR 1981, 436, 436, 437.

<sup>613</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 222; Neuenfeld, BauR 1981, 436, 437.

<sup>614</sup> Urteil des BGH vom 28.07.2011 – VII ZR 65/10, NJW-RR 2011, 1463, 1464; Urteil des OLG Dresden vom 28.01.2010 – 10 U 1414/08, BauR 2012, 126; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 222.

<sup>615</sup> Urteil des OLG Celle vom 11.10.2005 – 14 U 68/04, IBR 2005, 600; A. A. Urteil des Kammergericht Berlin vom 16.03.2010 – 7 U 53/2008, IBR 2010, 341; Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 150.

- 641 Die Grundleistungen zur Kostenverfolgung umfasst die Aufmaßnahme, die Rechnungsprüfung, dessen Vergleich mit den Auftragssummen, die Kostenkontrolle sowie –feststellung. **Bis auf die Kostenkontrolle**, sind sämtliche Grundleistungen zur Kostenverfolgung in ihrem Umfang **zeitunabhängig**.
- 642 Ein **gemeinsames Aufmaß** ist notwendig, wenn Auftraggeber und Bauunternehmen einen Einheitspreisvertrag geschlossen haben, bei dem sich der tatsächlich geschuldete Baupreis nach den tatsächlich aufgeführten Mengen und Massen einzelner Leistungen berechnet (Aufmaß), für die Preise (Einheitspreis) gebildet worden sind<sup>616</sup>. Der Auftragnehmer hat hierbei gemeinsam mit dem Bauunternehmer die notwendigen Feststellungen vor Ort zu treffen, das heißt, dass er nicht nur bei dem Aufmaßvorgang zugegen sein muss, sondern im Zusammenwirken mit den Unternehmern bzw. deren bevollmächtigten Vertretern auf der Baustelle selbst mit aufmessen muss<sup>617</sup>.
- 643 Da das gemeinsame Aufmaß zu bestimmten Zeitpunkten, in der Regel nach Abschluss einer Bauleistung, vorgenommen wird, führen Bauablaufstörungen einzig zu einer Verschiebung der Aufmaßnahme, jedoch nicht dazu, dass sich die Intensität der Leistungserbringung erhöht. Daher ist die Aufmaßnahme eine ihrem Umfang nach **zeitunabhängige Grundleistung**.
- 644 Die **Rechnungsprüfung** umfasst die fachliche und rechnerische Beurteilung sämtlicher von Unternehmern und Lieferanten vorgelegten, auf das betreffende Bauvorhaben bezogenen, Rechnungen auf ihre Übereinstimmung mit den vertraglich vereinbarten Preisen und ihre sonstige Richtigkeit<sup>618</sup>. Die Feststellung des Ergebnisses der Rechnungsprüfung hat der Auftragnehmer nebst den entsprechenden Rechnungs- und Prüfungsunterlagen an den Auftraggeber weiterzuleiten, mit der gleichzeitigen Empfehlung, die Leistung rechnerisch zu akzeptieren oder einzelne, hinsichtlich Grund und Höhe näher genannte Positionen zu beanstanden<sup>619</sup>.
- 645 Da die Rechnungsprüfung nach Abschluss der jeweiligen Bauarbeiten ganzheitlich stattfindet, führt der Eintritt von Bauablaufstörungen lediglich zu einer Verschiebung<sup>620</sup> und nicht zu einer Erhöhung der hierfür notwendigen Aufwendungen. Daher ist die Rechnungsprüfung eine **zeitunabhängige Grundleistung**.

---

<sup>616</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 151

<sup>617</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 247; Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 153.

<sup>618</sup> Urteil des BGH vom 14.05.1998 – VII ZR 320/96, NJW-RR 1998, 1548, 1549; Urteil des BGH vom 05.11.1981 – VII ZR 365/80, BauR 1982, 185, 186; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 249.

<sup>619</sup> Versäumnisurteil des BGH vom 04.04.2002 – VII ZR 295/00, NJW-RR 2002, 1174, 1175; Urteil des OLG Köln vom 02.07.1996 – 9 U 14/96, BauR 1997, 343, 345; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 33 Rdnr. 224; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 249.

<sup>620</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II Nr. 2a.

Im Rahmen der 7. HOAI-Novelle wurde unter dem Buchstaben h) eine neue Grundleistung eingefügt, wonach der Auftragnehmer die **Ergebnisse der Rechnungsprüfungen mit den Auftragssummen einschließlich Nachträgen zu vergleichen hat**. Da diese Grundleistung ein Annex zu der Grundleistung der Rechnungsprüfung ist und damit nach Abschluss von Bauleistungen durchgeführt wird, ist sie ebenfalls in ihrem Umfang **zeitunabhängig**. 646

Die Grundleistung der **Kostenkontrolle** umfasst die Feststellung, ob die ausführenden Bauunternehmen die im Rahmen der Leistungsphase 7 veranschlagten Kosten eingehalten und nicht überschritten haben<sup>621</sup>. Auch ist der Auftragnehmer verpflichtet, Abschlagsrechnungen der Bauunternehmer daraufhin zu überprüfen, ob sie der vertraglichen Vereinbarung entsprechen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig sind und ob die zugrunde gelegten Leistungen erbracht worden sind<sup>622</sup>. Dies erfordert eine fortlaufende Tätigkeit, durch wiederholten Soll- und Ist-Kostenvergleich<sup>623</sup>, um dem Auftraggeber insbesondere bei drohender Kostenüberschreitung die Möglichkeit zu schaffen, die für ihn notwendigen Entscheidungen zu treffen<sup>624</sup>. 647

Daraus folgt auch, dass der Eintritt von Bauablaufstörungen nicht lediglich zu einer zeitlichen Verschiebung der Grundleistung führt, sondern sich in ihrem Umfang erhöht. Zudem ist gerade im Falle von Bauablaufstörungen von dem Auftragnehmer eine erhöhte Aufmerksamkeit auf den Soll- und Ist-Kostenvergleich zu legen, um den Auftraggeber über Kostenabweichungen informieren zu können. Diese Grundleistung ist somit in ihrem Umfang **zeitabhängig**. 648

Zudem hat der Auftragnehmer die **Kostenfeststellung** durchzuführen. Diese ist Maßstab dafür, ob die vorherigen Kostenermittlungen (Kostenschätzung und -berechnung) eingehalten oder überschritten wurden<sup>625</sup>. Da diese Leistung nicht kontinuierlich während der Bauausführung fortgeschrieben wird, sondern erst nach Abschluss der Bauausführung ganzheitlich erfolgt, führt der Eintritt von Bauablaufstörungen lediglich zu einer zeitlichen Verschiebung der Grundleistungen. Die Kostenfeststellung ist daher eine in ihrem Umfang **zeitunabhängige Grundleistung**.

---

<sup>621</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 255.

<sup>622</sup> Urteil des BGH vom 14.05.1998 – VII ZR 320/96, NJW-RR 1998, 1458; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 255.

<sup>623</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 255; Miegel, S. 15.

<sup>624</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 33 Rdnr. 228; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 255.

<sup>625</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 229.

**Anlage 10**

**(zu § 34 Absatz 4, § 35 Absatz 7)**

*Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume,*

*Besondere Leistungen, Objektlisten*

*10.1 Leistungsbild Gebäude und Innenräume*

*LPH 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung) und Dokumentation*

*k) Organisation der Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligter, Feststellung von Mängeln, Abnahmeempfehlung für den Auftraggeber*

*l) Antrag auf öffentlich-rechtliche Abnahmen und Teilnahme daran*

*p) Überwachen der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel*

650 Die Grundleistungen zur Leistungsabnahme umfassen die Organisation der Abnahme, den Antrag auf öffentlich-rechtliche Abnahmen und die Überwachung der Mängelbeseitigung. Die ersten beiden Grundleistungen sind zeitunabhängig, letztere kann auch in ihrem Umfang zeitabhängig sein.

651 Bei der Organisation der Abnahme erfolgt eine **tatsächliche, technische Abnahme**, die von der rechtsgeschäftlichen Abnahme, welche mit der technischen Abnahme vorbereitet<sup>626</sup> und schlussendlich durch den Auftraggeber erfolgt, zu unterscheiden ist. Hierbei werden die betreffenden unternehmerischen Leistungen – gegebenenfalls unter Heranziehung von an der Planung und der Objektüberwachung beteiligten Sonderfachleuten – in technischer Hinsicht unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik auf ihre Übereinstimmung mit der Leistungsbeschreibung sowie den sonstigen Ausführungsunterlagen überprüft<sup>627</sup>. Den festgestellten Befund teilt der Auftragnehmer dem Bauherrn mit und gibt ihm eine Empfehlung darüber ab, ob eine Abnahme im rechtlichen Sinne erfolgen kann, d. h. die erbrachten Unternehmerleistungen als im Wesentlichen

<sup>626</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 160.

<sup>627</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 248.



vertragsgerecht angesehen werden können<sup>628</sup>. Anschließend organisiert der Auftragnehmer die Abnahme im Rahmen einer gemeinsamen Begehung, an der die Vertreter der bauausführenden Firmen wie auch des Auftraggebers teilnehmen<sup>629</sup>. Zudem koordiniert er die Abnahme oder auch Teilabnahme z.B. von technischen Anlagen wie Heizung, Lüftung, Sanitär- und Elektroinstallationen, entsprechend dem Baufortschritt und veranlasst diese gegebenenfalls durch Fachingenieure<sup>630</sup>. Die Ergebnisse werden in dem eigentlichen Abnahmetermin zum Schluss der gesamten Vorprüfungen zusammengefasst und im Rahmen einer gemeinsamen Begehung festgehalten<sup>631</sup>.

Diese Grundleistung wird nach Fertigstellung einzelner Teile oder des gesamten Bauwerks vorgenommen. Treten Bauablaufstörungen ein, verschiebt sich die Organisation der Abnahme zeitlich nach hinten. Auch erweitert sich hierdurch die Grundleistung ihrer Intensität nach nicht. Daher handelt es sich um eine in ihrem Umfang **zeitunabhängige Grundleistung**. 652

Die Beantragung der **öffentlichen Abnahmen** betrifft die nach den Landesbauordnungen notwendigen Abnahmen, bspw. die Rohbau-, Gebrauchs- und Schlussabnahme<sup>632</sup>. Der Auftragnehmer hat die Abnahmen als Vertreter des Bauherrn herbeizuführen und evtl. daran teilzunehmen<sup>633</sup>. Zudem hat er die Anträge der betreffenden Fachingenieure auf behördliche Abnahme von Anlagen und Technischen Ausrüstung sowie deren Teilnahme daran zu koordinieren<sup>634</sup>.

Entsprechend der privaten Abnahme der Bauleistungen schließt sich auch diese Grundleistung an die (Teil-)Fertigstellung der Bauarbeiten an, so dass der Eintritt von Bauablaufstörungen lediglich zu einer zeitlichen Verschiebung der Leistungen des Auftragnehmers führt. Diese Grundleistung ist somit ebenfalls ihrem Umfang nach **zeitunabhängig**. 653

An die Durchführung der Abnahmen schließt sich die **Überwachung der Beseitigung der vor<sup>635</sup> und während der Abnahme festgestellten Mängel** an. Aufgabe des Auftragnehmers ist, die Beseitigung der Mängel nachzuverfolgen und zu überwachen<sup>636</sup>. Mängel, die nach der Abnahme auftreten, sind von Buchstabe a) der Leistungsphase 9 erfasst<sup>637</sup>. Haben die Unternehmen 654

---

<sup>628</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 248.

<sup>629</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 161.

<sup>630</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 229.

<sup>631</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 162.

<sup>632</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 33 Rdnr. 226.

<sup>633</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 33 Rdnr. 226.

<sup>634</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 33 Rdnr. 226.

<sup>635</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 254.

<sup>636</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 163; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 254.

<sup>637</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 237.

ihre Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchgeführt, kommt es zu einer Nachabnahme in Bezug auf die Mängelbeseitigung<sup>638</sup>.

655 Hinsichtlich dieser Tätigkeit sind folgende Leistungen und Situationen zu trennen: Sofern der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung überwacht und während dieses Zeitraums Bauablaufstörungen eintreten, kann sich hierdurch die Tätigkeit des Auftragnehmers in ihrer Intensität erhöhen. In diesem Fall ist die Grundleistung **zeitabhängig**. Sofern Bauablaufstörungen jedoch einzig vor der Abnahme auftreten oder lediglich die Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt wird, treten keine zeitlichen Streckungen des Leistungsumfangs, sondern einzig zeitliche Verschiebungen, ein. In diesen Fällen wäre daher die Grundleistung **zeitunabhängig**.

#### 1.2.3.3.5 Grundleistungen zur Leistungsübergabe

656

#### *Anlage 10*

*(zu § 34 Absatz 4, § 35 Absatz 7)*

*Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume,*

*Besondere Leistungen, Objektlisten*

##### *10.1 Leistungsbild Gebäude und Innenräume*

##### *LPH 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung) und Dokumentation*

*m) Systematische Zusammenstellung der Dokumentation, zeichnerischen Darstellungen und rechnerischen Ergebnisse des Objekts*

*n) Übergabe des Objekts*

*o) Auflisten der Verjährungsfristen für Mängelansprüche*

657 Die Grundleistungen zur Leistungsübergabe umfassen die Zusammenstellung der Dokumentation, die Übergabe des Objekts und die Auflistung der Verjährungsfristen. Sämtliche Grundleistungen sind **zeitunabhängig**.

658 Die **Dokumentation** des Planungsstands soll eine bessere Durchdringung und Lösung späterer Planungsänderungen ermöglichen<sup>639</sup>. Hierbei handelt es sich um eine seit der 7. HOAI-Novelle

---

<sup>638</sup> Jochem/Kaufhold, § 33 Rdnr. 163.

im Jahre 2013 aus der Leistungsphase 9 in die Leistungsphase 8 übertragene Grundleistung. Sie besteht aus der Ordnung und Übergabe des zeitlichen und sachlichen Planungsverlaufs, durch Zusammenfassung der Zeichnungen und sonstigen Planungsunterlagen<sup>640</sup>, der Übergabe der Bauablaufdokumentation bspw. in Form eines Bautagebuchs sowie die systematische Darstellung der rechnerischen Ergebnisse.

Zudem erfolgt die **Übergabe des Objektes** vom Auftragnehmer an den Auftraggeber. Da eine körperliche Übergabe nicht möglich ist, erfolgt dies durch Mitteilung der Fertigstellung und ggf. Begehung mit dem Auftraggeber<sup>641</sup>.

Schließlich listet der Auftragnehmer dem Auftraggeber die **Verjährungsfristen** für die Mängelansprüche auf. Hierzu muss sich der Auftragnehmer die Verträge mit den anderen Baubeteiligten vorlegen lassen, um zu prüfen, ob die VOB/B Vertragsbestandteil ist und ob ein Werk- oder ein Dienstvertrag vorliegt<sup>642</sup>. Zudem muss er feststellen, ob eine förmliche, eine fiktive oder eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten vorliegt<sup>643</sup>. Anschließend hat der Auftragnehmer zu prüfen, ob und wann die Verjährung neu begonnen hat bzw. gehemmt wurde, ob eine Teilabnahme vorliegt, um hiermit Beginn und Ende der Gewährleistungsfristen schriftlich zu fixieren<sup>644</sup>.

Sämtliche Grundleistungen zur Leistungsübergabe erfolgen erst im Nachgang an die Bauausführung, so dass Bauablaufstörungen einzig dazu führen, dass die Planungsunterlagen, die Bauablaufdokumentation und die rechnerischen Ergebnisse sowie das Objekt verspätet gesammelt und übergeben werden können und die Auflistung der Verjährungsfristen zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann. Daher sind diese Grundleistungen in ihrem Umfang **sämtlich zeitunabhängig**.

#### *1.2.4                    Umfang der abzugeltenden Mehraufwendungen*

Die Kopplung eines Anspruchs auf Erstattung der Mehraufwendungen an einen bestimmten Zeitpunkt führt zu der Fragestellung, ob mit Überschreitung dieser Schwelle sämtliche im Rahmen des Bauvorhabens durch Bauablaufstörungen entstandenen Mehraufwendungen abgegolten werden sollen, oder einzig solche, die nach Ablauf des vereinbarten Zeitpunkt entstehen.

---

<sup>639</sup> Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 234; Walter, in: Irmeler, § 33 Rdnr. 140.

<sup>640</sup> Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 309.

<sup>641</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 235.

<sup>642</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 236.

<sup>643</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 236.

<sup>644</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 Rdnr. 236; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 33 Rdnr. 253.

663 Hierfür sind die im jeweiligen Einzelfall getroffenen Vereinbarungen zu bewerten. Üblicherweise trennen diese ihrem Wortlaut nach deutlich zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Wird geregelt, dass „die darüber hinaus entstandenen notwendigen Aufwendungen auf Nachweis zusätzlich erstattet [werden]“ und hat „die“ einen deutlichen Bezug zu dem vereinbarten Zeitpunkt, dann bringen die Vertragsparteien hiermit zum Ausdruck, dass dem Auftragnehmer alleine die notwendigen Aufwendungen erstattet werden sollen, wie ihm nach Ablauf dieses Zeitpunkts entstehen. Wird einzig bestimmt, dass „Mehraufwendungen“ zu erstatten sind, ist die Überschreitung des vereinbarten Zeitpunkts Teil der Anspruchsvoraussetzungen, bei dessen Vorliegen sämtliche Mehraufwendungen (auch solche vor diesem Zeitpunkt) erstattet werden.

### 1.3. *Abgeltungsfähige Kostenarten*

664 Um den Anspruch der Höhe nach zu bestimmen, sind zudem die einzelnen Honorarbestandteile danach zu bewerten, ob diese erstattungsfähige Mehraufwendungen darstellen.

#### 1.3.1. *Löhne und Gehälter*

665 Der Mehraufwendungsanspruch umfasst überwiegend die Löhne und Gehälter der Mitarbeiter (Architekten, Ingenieure, Bauzeichner)<sup>645</sup> sowie das kalkulatorische Gehalt des Büroleiters<sup>646</sup>. Dies sind die größten Kostenpositionen, die bei Bauablaufstörungen anfallen.

#### 1.3.2. *Subunternehmerkosten*

666 Sofern der Auftragnehmer fremde Unternehmen zur Leistungserbringung einsetzt und sich durch Eintritt von Bauablaufstörungen deren Umfang und hierdurch bedingt deren Zahlungsanspruch erhöht, ist die Erhöhung ebenfalls ansatzfähig<sup>647</sup>. Die Erhöhung des Zahlungsanspruchs setzt jedoch voraus, dass der Auftragnehmer mit seinem Subunternehmen entweder ein Zeithonorar oder eine entsprechende Klausel auf Erstattung der Mehraufwendungen vereinbart hat. Sofern einzig eine Pauschalvereinbarung vorliegt und die Grenze zur Störung der Geschäftsgrundlage nicht überschritten wird, entstehen keine zusätzlichen Zahlungsansprüche und damit auch keine Mehraufwendungen durch den Subunternehmer.

---

<sup>645</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, BauR 2007, 1270, 1274; Lederer, in: Lederer/Heymann, Rdnr. 244.

<sup>646</sup> Urteil des BGH vom 24.02.1983 – VII ZR 87/82, NJW 1983, 1556, 1558 unter Verweis auf die Entscheidung des OLG Brandenburg BauR 2001, 2772, die jedoch nicht existiert; Lederer, in: Lederer/Heymann, Rdnr. 245.

<sup>647</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 112.

### 1.3.3. *Allgemeine Geschäftskosten und Handlungskostenzuschlag*

Treten Bauablaufstörungen ein, erhöhen sich neben den Lohn- und Subunternehmerkosten auch die allgemeinen Geschäftskosten, da die hierdurch abgegoltenen zentralen – nicht produktiven – Dienste auch in der Zusatzzeit für das betreffende Bauprojekt tätig sind<sup>648</sup>. Dies betrifft auch die Handlungskosten, mit denen die Subunternehmerkosten beaufschlagt werden<sup>649</sup>. 667

### 1.3.4. *Unternehmerischer Gewinn*

Fraglich ist, ob die Mehraufwendungen auch den unternehmerischen Gewinnanteil umfassen. 668  
Nach teilweiser Ansicht stünde dem Auftragnehmer grundsätzlich kein Gewinnanteil zu<sup>650</sup>.  
Hiernach sollen die einschlägigen Vertragsklauseln einzig gewährleisten, dass der Auftragnehmer durch den zusätzlichen Bauüberwachungsaufwand keinen Verlust oder Schaden erleide<sup>651</sup>.  
Ein Gewinnanteil sei daher einzig im Rahmen der Honoraranpassung zu berücksichtigen<sup>652</sup>.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da der Begriff der notwendigen Aufwendungen bzw. Mehraufwendungen eine kostenausgleichende Funktion kann. Der Gewinnanteil des Auftragnehmers zählt weder zu den Kosten, noch handelt es sich hierbei um eine Aufwendung, die der Auftragnehmer erbringen muss, um die vertragliche Leistung zu erbringen. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vertragsklausel, wodurch trotz des Eintritts von Bauablaufstörungen das Honorargefüge, also das Verhältnis von Kosten und Gewinn, beibehalten werden soll. Dem Auftragnehmer wird daher einzig die aus den Bauablaufstörungen bedingte Leistungsminderung unter Aufrechterhaltung des vereinbarten Gewinnanteils ausgeglichen. 669

Zusätzlich wird vertreten, dass dem Auftragnehmer der Gewinnanteil dennoch erstattet werden solle, sofern er hierauf unter Anwendung der von der Rechtsprechung und Literatur zu § 6 Abs. 6 VOB/B entwickelten Grundsätze ein Anspruch zustünde<sup>653</sup>. 670

---

<sup>648</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 112.

<sup>649</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 112.

<sup>650</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111.

<sup>651</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111.

<sup>652</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111.

<sup>653</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111.

671

## § 6 VOB/B

### Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

(6) Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

672

Nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, wenn der Auftraggeber eine Behinderung vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat.

673

Diese Ansicht ist abzulehnen, da sie in mehrfacher Weise gegen die Grundsätze der Vertragsauslegung verstößt. Zunächst kann die VOB/B nicht herangezogen werden, da diese eine Allgemeine Geschäftsbedingung für die Ausführung von Bauleistungen darstellt und daher auf das Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer grundsätzlich nicht anwendbar ist (hierzu ausführlich *Rdnr. 83 ff.*). Zudem scheitert eine analoge Anwendung der VOB/B daran, dass ausschließlich gesetzliche Vorschriften und nicht allgemeine Geschäftsbedingungen analogiefähig sind<sup>654</sup>.

674

Schließlich haben § 6 Abs. 6 VOB/B und eine vertragliche Vereinbarung über die Erstattung von Mehraufwendungen unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen. Ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B setzt das Bestehen einer Behinderung voraus und eine vertragliche Vereinbarung von Aufwendungsersatz die Überschreitung der (Regel-)Bauzeit (ggf. zzgl. eines weiteren Zeitraums). Ferner findet sich die ergänzende Regelung des § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B über den Gewinnanteil in den einschlägigen Vertragsklauseln nicht wieder, so dass eine entsprechende Auslegung unzulässig gegen den Wortlaut erfolgen würde. **Der unternehmerische Gewinnanteil ist daher im Rahmen von Mehraufwendungen nicht ansatzfähig.**

#### *1.3.5. Nebenkosten*

675

Nebenkosten, wie bspw. Fahrtkosten, Übernachtungskosten, die kausal bedingt durch Bauablaufstörungen anfallen, können ebenfalls als Mehraufwendungen erstattet werden<sup>655</sup>.

<sup>654</sup> Kuffer, ZfBR 2004, 110, 112.

<sup>655</sup> Lederer, in: Lederer/Heymann, Rdnr. 247.

Haben die Vertragsparteien von der Möglichkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 HOAI Gebrauch gemacht, wonach die Nebenkosten bei schriftlicher Vereinbarung im Zeitpunkt der Auftragserteilung pauschal abgerechnet werden können, sind die Nebenkosten auf der Basis des vertraglich vereinbarten Prozentwertes unter Heranziehung der Mehrkosten fortzuschreiben<sup>656</sup>. 676

#### 1.4. *Begrenzung des Anspruchs nach der HOAI*

Das Gesamthonorar darf die Begrenzungen der HOAI nicht durch Erstattung der Mehraufwendungen überschreiten. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI können jedoch die Höchstsätze überschritten werden. 677

#### 1.5. *Vertraglich vereinbarte Höchstgrenze*

Teilweise enthalten die einschlägigen Vertragsklauseln eine Regelung, wonach die notwendigen Mehraufwendungen nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag erstattet werden<sup>657</sup>. In diesem Fall sind die zu Kosten auf einen fixen Betrag gedeckelt und können darüber hinaus nicht geltend gemacht werden. 678

#### 1.6. *Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers*

##### 1.6.1 *Grundsätzliche Anforderungen*

Der Auftragnehmer ist darlegungs- und beweisbelastet hinsichtlich der ihm durch Bauablaufstörungen entstandenen konkreten Mehraufwendungen<sup>658</sup>. 679

Da Mehraufwendungen nicht durch Zeitablauf entstehen, ist nicht ausreichend, wenn lediglich die Stunden geltend gemacht werden, die der Auftragnehmer in der verlängerten Bauzeit leistete<sup>659</sup>. Denn dies belegt nicht den konkreten Mehraufwand, sondern nur die (womöglich zeitlich verschobene) Erbringung der Leistungen im Verlängerungszeitraum (hierzu ausführlich *Rdnr.* 592 ff.). 680

Dennoch ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet, sämtlichen tatsächlichen und hypothetischen Aufwand darzulegen und gegenüberzustellen. Erforderlich ist lediglich die einzelnen Störungen des Bauablaufs durch Darlegung des Kausalzusammenhangs bestimmten Aufwendungen zuzu- 681

---

<sup>656</sup> Lederer, in: Lederer/Heymann, *Rdnr.* 248.

<sup>657</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, *BauR* 2001, 1772.

<sup>658</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, *NZBau* 2007, 587, 591; Urteil des KG Berlin vom 13.04.2010 – 21 U 149/06, Abschnitt III; Pauly *MDR* 2010, 487, 489; Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, *BauR* 2003, 1248, 1250.

<sup>659</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, *NZBau* 2007, 587, 591; Urteil des KG Berlin vom 13.04.2010 – 21 U 149/06, Abschnitt III.

ordnen<sup>660</sup>. Hierzu hat der Auftragnehmer nachvollziehbar und unter Beweisantritt darzulegen, **dass und in welchem Umfang er infolge der Verlängerung der Bauzeit Personal einsetzte, das er ohne die Bauablaufstörung nicht eingesetzt hätte, und welche Kosten hierfür entstanden sind**<sup>661</sup>. Konkret bedeutet dies, dass er durch Vorlage von Stundenlohnzetteln und Zeugenbenennung darlegen und beweisen muss, welche Mitarbeiter in welchem Zeitraum für welche Arbeiten eingesetzt worden sind<sup>662</sup>.

682 Praktisch ist hierfür ausreichend, wenn der Auftragnehmer substantiiert Vergütung und Löhne für die Bauüberwachung geltend macht, bspw. durch den Vortrag, dass der Bauüberwachende während der gesamten Bauzeit einschließlich der Verlängerung mit seiner gesamten Arbeitskraft tätig gewesen war und ein weiterer Bauüberwachender für die verlängerte Bauzeit zusätzlich eingesetzt wurde<sup>663</sup>. Nach Ansicht des BGH ist dieser Vortrag im Zusammenhang mit den sonstigen Darlegungen zum Eintritt der Bauablaufstörungen dahingehend zu verstehen, dass der Einsatz eines zweiten Bauüberwachenden ohne die Bauablaufstörung nicht notwendig geworden wäre<sup>664</sup>. Hingegen ist die pauschale Behauptung, infolge der verspäteten Übergabe der freigegebenen Pläne sei es zu Behinderungen gekommen, die ihrerseits nur durch zusätzlichen Einsatz von Personal, Maschinen und Material hätten aufgefangen werden können und die daraus abgeleitete abstrakte Berechnung zusätzlicher Aufwendungen, keine geeignete Grundlage für eine mögliche Schadensschätzung<sup>665</sup>.

### 1.6.2 *Qualifizierte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast*

683 Teilweise werden an die Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers qualifizierte Anforderungen gestellt, wonach der tatsächliche Mehraufwand in der Weise zu dokumentieren sei, dass der Zeitaufwand für das überlange konkrete Bauvorhaben demjenigen im Normalfall gegenüberstellen wäre<sup>666</sup>. Hiernach genüge die bloße Angabe von während der Bauzeitverlängerung getätigten Zusatzaufwendungen (für Personal und Büro) nicht<sup>667</sup>. Der Auftragnehmer habe vielmehr

---

<sup>660</sup> Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03 BauR 2007, 906, 907.

<sup>661</sup> Urteil des KG Berlin vom 13.04.2010 – 21 U 149/06, Abschnitt III.

<sup>662</sup> Pauly, MDR 2010, 487, 489.

<sup>663</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 591.

<sup>664</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 591.

<sup>665</sup> Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NJW 2002, 2716, 2718.

<sup>666</sup> Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1250; Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775.

<sup>667</sup> Urteil des BGH vom 03.07.1997 – VII ZR 319/95, NJW-RR 1997, 1377, 1378; Urteil des OLG Brandenburg vom 15.11.2005 – 11 U 6/05 (Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05), NZBau 2007, 587, 590; Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1250.



seine Mehraufwendungen im Einzelnen nach Tagen und Stunden, Personen und Tätigkeitsinhalten darzulegen und unter Beweis zu stellen<sup>668</sup>.

Diese strengen Anforderungen folgen im Wesentlichen aus der fehlerhaften Begriffsbestimmung von Mehraufwendungen, wonach diese durch Differenzbildung zu ermitteln seien, indem die tatsächlichen Aufwendungen für die gesamte Zeit dem für die Objektüberwachungsleistungen vereinbarten Honorar gegenübergestellt werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 604 ff.*). Bereits hieraus ist diese Ansicht abzulehnen, da Mehraufwendungen nur solche Aufwendungen sind, die kausal bedingt durch den Eintritt der bauablaufstörenden Umstände entstanden sind (hierzu ausführlich *Rdnr. 614 ff.*). Nach diesem Verständnis ist ausreichend, die über die gewöhnlichen Aufwendungen des Auftragnehmers ohne den Eintritt der bauablaufstörenden Umstände hinausgehenden Aufwendungen darzulegen und zu beweisen. 684

Zum anderen werden diese strengen Anforderungen einem Urteil des BGH vom 03.07.1997<sup>669</sup> entnommen<sup>670</sup>, indem dieser entschied: „Angesichts dieses zum wirksamen Bestreiten des recht pauschalen Klägervortrags ausreichenden Gegenvortrags hätten die Kläger die behaupteten Tätigkeiten im Einzelnen, das heißt nach Zeit (= Tagen, Stunden), Personen und Tätigkeitsinhalten darlegen und unter Beweis stellen müssen.“<sup>671</sup>. Doch die qualifizierten Anforderungen des BGH an die Darlegungs- und Beweislast des benannten Urteils ergaben sich einzig aus den besonderen Umständen des diesem zugrunde liegenden Sachverhaltes<sup>672</sup>. Denn hiernach machte der Auftraggeber detailliert unter Beweisaustritt geltend, dass die Bauüberwachenden, deren Vergütung als Aufwendungen für einen durchgehenden Zeitraum verlangt worden waren, nur sporadisch auf der Baustelle gewesen seien und vielmehr für andere Bauprojekte eingesetzt worden wären<sup>673</sup>. Hierzu hat der BGH klargestellt, dass **qualifizierte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast dann bestehen, wenn besondere Umstände vorliegen, insbesondere der Auftraggeber die Darlegungen des Auftragnehmers qualifiziert bestreitet**<sup>674</sup>. 685

---

<sup>668</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 15.11.2005 – 11 U 6/05 (Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05), NZBau 2007, 587, 590 f.; Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1250; Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775.

<sup>669</sup> Urteil des BGH vom 03.07.1997 – VII ZR 319/95, BauR 1998, 184, 185.

<sup>670</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 15.11.2005 – 11 U 6/05, NZBau 2007, 591 (Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05); Urteil des OLG Celle vom 27.02.2003 – 14 U 31/01, BauR 2003, 1248, 1250; Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775.

<sup>671</sup> Urteil des BGH vom 03.07.1997 – VII ZR 319/95, BauR 1998, 184, 185.

<sup>672</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 591.

<sup>673</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 591.

<sup>674</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587, 591; Urteil des BGH vom 03.07.1997 – VII ZR 319/95, NJW-RR 1997, 1377, 1378.

686 Demzufolge wird der Auftragnehmer grundsätzlich seiner Darlegungs- und Beweislast dadurch gerecht, dass er die Tatsachen und den Umfang darlegt und beweist, wonach er infolge des Eintritts der Bauablaufstörungen Personal einsetzte, dass er ohne diese Umstände nicht eingesetzt hätte und welche Kosten hierfür entstanden sind. Bestreitet der Auftraggeber sodann den Vortrag des Auftragnehmers, hat dieser die Tätigkeiten im Einzelnen, das heißt nach Zeit (= Tagen, Stunden), Personen und Tätigkeitsinhalten darzulegen und zu beweisen.

### 1.6.3 *Bewertung der Kritik an der Darlegungs- und Beweislast*

687 Die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast werden teilweise kritisiert. Denn diese könnten nur erfüllt werden, wenn über die gesamte Bauzeit eine mehr oder weniger lückenlose Dokumentation geführt werde, die sich konkret zum Personaleinsatz der Architekten und den von ihnen jeweils ausgeübten Tätigkeiten verhalte<sup>675</sup>. Doch dies sei in der Praxis nahezu unmöglich zu erfüllen<sup>676</sup>. Vor allem sollen hierdurch kleinere Architekturbüros benachteiligt werden, da die Anforderungen letztlich nur von größeren, gemeinhin gut organisierten Architekturbüros bewältigt werden könnten<sup>677</sup>.

688 Dem ist nicht zuzustimmen. Im Zivilrecht ist durch das Beweislastprinzip der Grundsatz anerkannt, dass jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen hat<sup>678</sup>. Den Anspruchsteller trifft die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Gegner muss den Beweis für rechtshemmende, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen erbringen<sup>679</sup>. Jede Veränderung der Darlegungs- und Beweislast geht zu Lasten des Anspruchsgegners. Werden die Hürden des Auftragnehmers verringert, erhöhen sich spiegelbildlich die Hürden des Auftraggebers. Im Übrigen ist eine nachträgliche Beweisführung stets mit Schwierigkeiten verbunden<sup>680</sup>, so dass der Auftragnehmer insbesondere bei Eintritt von Bauablaufstörungen gehalten ist dessen Begründung, sowie die hieraus entstehenden Aufwendungen zu dokumentieren. In diesem Zusammenhang räumen die kritischen Stimmen teilweise ein, dass der Auftragnehmer ohnehin zur Dokumentation durch Führung eines Bautagebuches verpflichtet sei<sup>681</sup>. Hierdurch werden kleinere Architekturbüros auch nicht benachteiligt, da diese ebenfalls in der Weise organisiert sein sollten, dass sie die Bauum-

---

<sup>675</sup> Messerschmidt, NZBau 2007, 746, 750

<sup>676</sup> Schulze-Hagen, Anmerkung zum Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03, IBR 2006, 683.

<sup>677</sup> Pauly, MDR 2010, 487, 489.

<sup>678</sup> Urteil des BGH vom 14.01.1991 – II ZR 190/89, NJW 1991, 1052, 1053.

<sup>679</sup> Urteil des BGH vom 14.01.1991 – II ZR 190/89, NJW 1991, 1052, 1053.

<sup>680</sup> Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03, BauR 2007, 906, 908.

<sup>681</sup> Schulze-Hagen, Anmerkung zum Urteil des KG Berlin vom 15.03.2005 – 27 U 399/03, IBR 2006, 683.

stände sowie den Einsatz und die Tätigkeiten der einzelnen Mitarbeiter dokumentieren können<sup>682</sup>. Schließlich besteht auch die Möglichkeit, dass das Gericht den Umfang der Mehraufwendungen nach § 287 ZPO schätzt<sup>683</sup> und hierdurch die Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers erleichtert wird.

689

### ***Anforderungen an die Dokumentation***

#### ***Vertragsschluss***

- *Zeitpunkt, in dem sich die Parteien einig waren, dass der Auftragnehmer Architekten- bzw. Ingenieurleistungen erbringen soll*
- *Schriftlicher Architektenvertrag mit sämtlichen Anlagen*
- *Handschriftliche Notizen zu den Vertragsverhandlungen*

#### ***Eintritt von Bauablaufstörungen***

- *Ursache der jeweiligen Bauablaufstörung*
- *Kausaler Zusammenhang zwischen Ursache und Eintritt der Bauablaufstörung*
- *Folge der Bauablaufstörung für den weiteren Bauablauf*

#### ***Mehraufwendungen***

- *Auswirkungen der jeweiligen Bauablaufstörungen auf die vom Auftragnehmer zu erbringenden Grundleistungen*
- *Aufwendungen des Auftragnehmers für die von der Bauablaufstörung betroffenen Grundleistung*
- *Kausaler Zusammenhang zwischen den Kosten und der Bauablaufstörung*

Die Erfüllung der Darlegungs- und Beweislast durch den Auftragnehmer ist oftmals die schwerste Hürde in der Geltendmachung von Ansprüchen bei Bauablaufstörungen. Da sich insbesondere eine nachträgliche Dokumentation als besonders schwierig erweist, ist der Auftragnehmer gehal-

690

---

<sup>682</sup> Preussner, BauR 2006, 203, 208.

<sup>683</sup> Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 111.

ten, **zum frühestmöglichen Zeitpunkt zusätzliche durch eine Bauablaufstörung verursachte Aufwendungen zu dokumentieren.**

## 2. *Höhe der Honoraranpassung*

691 Unter der Annahme, dass nach der HOAI die Vereinbarung eines Honoraranpassungsanspruchs zulässig ist<sup>684</sup>, kann bei unterbliebener Einigung der Vertragsparteien die Honoraranpassung auch durch das Gericht erfolgen (hierzu ausführlich *Rdnr. 584 ff.*). Hierzu ist darauf abzustellen, welchen Honoraranspruch die Vertragsparteien bei Kenntnis der bauablaufstörenden Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vermutlich vereinbart hätten. Hilfsweise sind die Mehraufwendungen des Auftragnehmers, zuzüglich des prozentualen Gewinnanteils nach der ursprünglichen Honorarvereinbarung, heranzuziehen.

## VII. *Regelungsumfang der Vertragsklauseln*

692 Um festzustellen, ob neben einem vertraglichen Anspruch weitere gesetzliche Ansprüche bestehen können, ist die vertragliche Vereinbarung gemäß den §§ 133, 157 BGB aus Sicht eines objektiven Dritten auszulegen. Soweit eine Auslegung ergibt, dass Ansprüche im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen nur unter den Voraussetzungen der Vertragsklausel bestehen, wären mögliche gesetzliche Ansprüche, wie solche wegen Mehrleistungen (hierzu ausführlich *Rdnr. 102 ff.*) oder Unterlassen von Mitwirkungshandlungen (hierzu ausführlich *Rdnr. 697 ff.*), ausgeschlossen.

693 Zusätzlich ist zu beachten, dass in jedem Fall **Ansprüche nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage** gemäß § 313 BGB **ausgeschlossen** sind, soweit der Anwendungsbereich der Vertragsklauseln eröffnet ist, also Bauablaufstörungen vorliegen. Denn diese Grundsätze greifen lediglich subsidiär ein, da sie als gesetzliche Korrektur auf dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aufbauen (hierzu ausführlich *Rdnr. 847 ff.*). Durch Vereinbarung eines vertraglichen Anspruchs haben die Vertragsparteien hingegen eine Regelung für den Fall getroffen, dass Bauablaufstörungen eintreten, so dass eine gesetzliche Korrektur entbehrlich ist. Unerheblich ist dabei, ob im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen der Vertragsklausel vorliegen. Denn entscheidend ist einzig, dass eine speziellere Regelung vorliegt und damit keine Korrektur des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben notwendig ist. Zu beachten ist jedoch, dass für den Fall, in dem der Auftragnehmer keinen Anspruch aus der Vertragsklausel hat und dennoch die – sehr weiten, weil alleine korrigierenden – Voraussetzungen des § 313 BGB

---

<sup>684</sup> Anders nach dieser Arbeit, wonach eine Honoraranpassungsanspruch wegen fehlender Bestimmtheit nach den Regelungen der HOAI unzulässig ist (hierzu *Rdnr. 531 ff.*).

nicht vorliegen, die Vermutung besteht, dass die Vertragsklausel wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

Soweit **Mehrleistungen** erbracht wurden, besteht ebenfalls eine besondere Handhabung. Denn 694 sowohl die Voraussetzungen, als auch die Höhe der Honorierung von Mehrleistungen, unterliegen der abschließenden Regelungen der HOAI (hierzu ausführlich *Rdnr. 102 ff.*). Hiernach „ist“ bei Leistungsänderungen die Honorarberechnungsgrundlage anzupassen und isolierte Wiederholungsleistungen sind entsprechend dem Anteil der wiederholten Grundleistungen an der jeweiligen Leistungsphase zu honorieren. Die Vertragsparteien haben einzig die Möglichkeit Mehrleistungen im Rahmen der Honorarvereinbarung, die jedoch wegen § 7 Abs. 1 HOAI im Zeitpunkt der Auftragserteilung erfolgen muss, abzugelten, sofern nicht insgesamt der Honorarraum für die Grundleistungen nebst den Mehrleistungen unterschritten wird. Dies kann jedoch erst mit Abschluss des Bauvorhabens und damit in Kenntnis sämtlicher Mehrleistungen festgestellt werden. Hinzu kommt, dass die Vertragsklauseln teilweise eine Honoraranpassung vorsehen, welche nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig ist. **Mehrleistungen sind daher überwiegend von den gängigen Vertragsklauseln nicht erfasst und werden daher gesondert honoriert.**

Hingegen können **Ansprüche auf Entschädigung wegen Unterlassen von Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach § 642 BGB** (hierzu ausführlich *Rdnr. 697 ff.*) und **Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Vertragspflichten nach §§ 280 ff. BGB** durch die vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen sein. Hierzu bestehen zwei Möglichkeiten der Auslegung: Zum einen könnten die Vertragsparteien eine abschließende vertragliche Regelung für den Eintritt von Bauablaufstörungen getroffen haben, um hierdurch die Voraussetzungen und Rechtsfolge einheitlich zu regeln. Dann würden sämtliche Ansprüche im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen nur nach der Vertragsklausel beurteilt werden und ebenfalls einschlägige gesetzliche Regelungen wären ausgeschlossen. Oder die Vertragsparteien wollten dem Auftragnehmer in den Fällen, in denen keine speziellen gesetzlichen Ansprüche bestehen, zusätzliche Ansprüche wegen Bauablaufstörungen gewähren. In letzterem Fall könnte der Auftragnehmer – neben Ansprüchen aus der vertraglichen Vereinbarung – weitere Ansprüche wegen unterlassenen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach §§ 642 ff. BGB und Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Vertragspflichten nach §§ 280 ff. BGB haben. 695

Sofern den Umständen des Einzelfalles nicht etwas anderes zu entnehmen ist, kann bei den üblichen Vertragsklauseln im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien ein einheitliche Regelung für sämtliche Ursachen von Bauablaufstörungen treffen wollten. Denn überwiegend bezwecken die Vertragsparteien Klarheit zu schaffen, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden. Dabei dient die Vertragsklausel nicht nur den Interessen 696

des Auftraggebers, sondern ebenfalls denen des Auftragnehmers, da auch für diesen die Voraussetzungen und damit der Umfang seiner Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen klar sind. Denn hierdurch muss er nicht mehr sämtliche Ursachen von Bauablaufstörungen trennen und deren Voraussetzungen und Anspruchshöhe unterschiedlich bewerten, sondern kann sich (außerhalb von Mehrleistungen) einzig nach den Voraussetzungen der getroffenen vertraglichen Vereinbarung richten.

## **Kapitel 4: Ansprüche und Rechte wegen Unterlassen von Mitwirkungshandlungen**

Das BGB enthält keine Honorar-, Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche sowie Kündigungs- oder Rücktrittsrechte, die direkt an den Eintritt von Bauablaufstörungen als eigenständige Anspruchsvoraussetzung anknüpfen. Dennoch beinhaltet das BGB Ansprüche und Rechte, die im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen stehen und dem Auftragnehmer weitere Zahlungsansprüche oder Rechte gewähren können. 697

Neben Mehrleistungen entstehen Bauablaufstörungen auch, wenn der Auftraggeber Handlungen unterlässt, die den Auftragnehmer daran hindern, seine Leistungen zu erbringen (sog. **Mitwirkungshandlungen**). Da der Auftragnehmer grundsätzlich verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung bereitzuhalten, können dem Auftragnehmer hieraus erhebliche Mehrkosten entstehen. Unter den Voraussetzungen des § 642 BGB kann der Auftragnehmer einen **Entschädigungsanspruch** gegen den Auftraggeber haben (*Abschnitt A*). Hierzu ergänzend kann der Auftragnehmer einen **Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen** nach § 304 BGB zustehen (*Abschnitt B*). § 643 BGB gibt dem Auftragnehmer darüber hinaus die Möglichkeit, sich **durch Kündigung vom Vertrag zu lösen** (*Abschnitt C*) und einen **Anspruch auf Honorierung** der geleisteten Arbeit nebst Auslagen zu verlangen (*Abschnitt D*). 698

Ferner können Bauablaufstörungen entstehen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende vertragliche Pflicht verletzt. Unter den Voraussetzungen der §§ 280 ff. BGB kann der Auftragnehmer gegen den Auftraggeber **Schadensersatzansprüche** geltend machen (*Abschnitt E*<sup>685</sup>). 699

### *A.                    Entschädigungsanspruch wegen unterlassener Mitwirkung nach § 642 BGB*

Unterlässt der Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung und kommt er hierdurch in Annahmeverzug, kann der Auftragnehmer nach § 642 BGB eine Entschädigung verlangen. Vor Prüfung der Voraussetzungen und der Höhe des Entschädigungsanspruches ist eine Vorprüfung notwendig, um festzustellen, ob dieser Anspruch unter den Anwendungsbereich und damit die Beschränkungen der HOAI fällt. 700

#### *I.                    Anwendbarkeit der HOAI*

Der Regelungsumfang der HOAI umfasst nach § 1 HOAI lediglich Entgeltansprüche, so dass die Entschädigung nach § 642 BGB unter den Begriff des Entgelts fallen müsste. Bei einem Entgelt 701

---

<sup>685</sup> Da sich die Voraussetzungen und der Umfang von Schadensersatzansprüchen nach den Grundsätzen des allgemeinen Schadensersatzrechtes der §§ 280 ff. BGB richtet, wird zur Begrenzung des Umfangs dieser Arbeit einzig auf die Besonderheiten von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten eingegangen.

handelt es sich um eine Gegenleistung für eine vermögenswerte Zuwendung<sup>686</sup>. Entscheidend hierfür ist die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruches, denn Vergütungsansprüche fallen zweifellos unter den Anwendungsbereich, Schadensersatzansprüche hingegen nicht, da sie keine Gegenleistung darstellen. Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruches ist umstritten. Vertreten wird, dass es sich um einen Schadensersatzanspruch<sup>687</sup>, Entschädigungsanspruch eigener Art<sup>688</sup> oder einen vergütungsähnlichen Anspruch<sup>689</sup> handelt.

702 Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB hat nicht den Charakter eines Schadensersatzanspruches. Obgleich die Bezeichnung als Entschädigungsanspruch für einen Schadensersatzanspruch spricht<sup>690</sup>, unterscheidet sich der Anspruch des § 642 BGB hiervon dadurch, dass er nicht an ein Verschulden anknüpft, sondern verschuldensunabhängig gewährt wird und nicht an eine Pflichtverletzung gekoppelt ist, sondern an die Verletzung einer Obliegenheit<sup>691</sup>. Auch wird ein Schadensersatzanspruch auf der Ist-Kosten-Basis ex post ermittelt, während sich der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 Abs. 2 BGB nach der Höhe der vereinbarten Vergütung richtet<sup>692</sup> und daher nicht den Eintritt eines Schadens voraussetzt<sup>693</sup>.

703 Auch handelt es sich nicht um einen Vergütungsanspruch. Denn im Falle der Entschädigung nach § 642 BGB erhält der Auftragnehmer keinen Gegenwert für eine Leistung des Auftraggebers. Da dem Auftragnehmer bei unterlassener Mitwirkung des Auftraggebers die Erbringung der geschuldeten Leistung wegen Annahmeverzugs nicht möglich ist, wird ihm ein Ausgleich („Entschädigung“) lediglich für die Vorhaltung seiner Arbeitskraft und seines Geschäftskapitals gewährt<sup>694</sup>. Die Leistung des Auftragnehmers könnte daher allenfalls in der Bereitstellung seiner Arbeitskraft liegen. Zu beachten ist jedoch, dass Entgelt und Gegenleistung sog. gegenseitige Ansprüche darstellen, das heißt dass diese derart in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen

---

<sup>686</sup> Urteil des RG vom 30.01.1940 – V 76/38, RGZ 163, 348, 356; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 5; Irmeler, in: Irmeler, § 1 Rdnr. 6.

<sup>687</sup> Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 – 17 U 56/00, BauR 2004, 1304; Busche, in: Münchener Kommentar, § 642 Rdnr. 16.

<sup>688</sup> Urteil des OLG Jena vom 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510, 513.

<sup>689</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 193; Glöckner, BauR 2014, 368, 374; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 24; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1811 („einem aus der Vergütung abgeleiteten Anspruch“); Schilder, BauR 2007, 450, 451 f.

<sup>690</sup> Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 692 f.

<sup>691</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 36.

<sup>692</sup> Roskosny/Bolz, BauR 1006, 1804, 1807; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 689.

<sup>693</sup> Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 24; Schwenker, in: Erman, § 642 Rdnr. 5; a. A. Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 16 (Schadensersatzanspruch eigener Art); Teichmann, in: Soergel, § 642 Rdnr. 6 (eigenständiger Schadensersatzanspruch).

<sup>694</sup> Urteil des BGH vom 24.01.2008 – VII ZR 280/05, NZBau 2008, 318; Sienz BauR 2014, 390; Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 a); Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 24; Schwenker, in: Erman, § 642 Rdnr. 5; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 14.



müssen, dass die eine Leistung um des Willens der anderen Leistung erbracht wird (do ut des)<sup>695</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang stellt der Auftragnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht zur Verfügung, um hierdurch einen Entschädigungsanspruch zu erlangen. Denn der Auftragnehmer hat grundsätzlich ein Interesse daran, die vertraglich vereinbarte Leistung zu erbringen, um dass volle Honorar und nicht lediglich eine geringere Entschädigung zu erhalten. Dennoch ist zu beachten, dass der Auftragnehmer daran hindert, seine Leistung überhaupt erbringen zu können, da der Auftraggeber eine für die Leistungserbringung erforderliche Mitwirkung unterlässt. Er kann daher bereits faktisch allenfalls seine Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellen. Doch auch unter diesem Gesichtspunkt kann eine Entschädigung – mangels des fehlenden Gegenseitigkeitsverhältnisses – nicht mit einer Gegenleistung gleichgesetzt werden, um die Eröffnung des Anwendungsbereichs der HOAI zu fingieren. Denn die Grenze der Auslegung ist stets der Wortlaut einer Norm, dessen Überschreitung zu einer unzulässigen Auslegung führen<sup>696</sup> und von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt wäre.

Obwohl der Entschädigungsanspruch kein originärer Schadensersatzanspruch ist, steht er diesem 704 seiner Rechtsnatur nach näher, als einem Vergütungsanspruch. Denn der Auftragnehmer soll – ähnlich einem Schadensersatzspruch, welcher einen eingetretenen Schaden ausgleicht – eine Entschädigung für den zeitweiligen Verlust der Dispositionsfreiheit über seine Arbeitskraft und sein Kapital erhalten<sup>697</sup>. Unerheblich ist hierbei, dass die Entschädigung auf Basis des Vergütungsanspruchs berechnet wird, da dem Auftragnehmer keine Vergütung gewährt wird, sondern dies einzig Berechnungsgrundlage ist, von der die ersparten Aufwendungen und das ersatzweise Erlangte abgezogen werden.

Die Anwendbarkeit der HOAI kann auch vom Ordnungsgeber nicht bedacht gewesen sein. 705 Die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft und Kapital sind keine von der HOAI geregelten Leistungen, so dass die festgelegten Honorarrahmen nicht einschlägig sind. Zudem existiert keine spezielle Norm der HOAI, welche die honorarrechtlichen Folgen des Unterlassens einer Mitwirkungshandlung regelt. Da die Vertragsparteien bei Auftragserteilung schwerlich Kenntnis davon haben können, dass der Auftraggeber zu einem späteren Zeitpunkt eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt und sie daher bei Auftragserteilung regelmäßig keinen Entschädigungsbetrag in das Honorar einkalkulieren werden, liefe ein möglicher Anspruch auf Entschädigung der Höhe nach regelmäßig ins Leere. Denn nach § 7 Abs. 1 und 5 HOAI ist eine nach-

---

<sup>695</sup> Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, § 320 Rdnr. 23.

<sup>696</sup> Urteil des BGH vom 25.10.2006 – 1 StR 384/06, NJW 2007, 524, 525.

<sup>697</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 5; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 1.

trägliche Honoraränderung nicht zulässig. Im Ergebnis könnte der Auftraggeber beliebig seine Mitwirkung verweigern und der Auftragnehmer hätte keinen Anspruch auf eine Entschädigung, sondern könnte sich nur durch Kündigung vom Vertrag lösen, um die weitere Entstehung von Mehrkosten zu seinen Lasten zu verhindern.

706 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umsatzsteuergesetz (UStG). Die Entschädigung nach § 642 BGB ist eine steuerbare Leistung nach § 1 Abs. 1 UStG, so dass sie umsatzsteuerpflichtig ist<sup>698</sup>. Dies führt jedoch nicht zur Anwendung der HOAI, auch wenn das UStG ebenfalls auf den Begriff des Entgelts abstellt, da die HOAI einen engeren Anwendungsbereich als das UStG aufweist. Letzteres erfasst nach § 1 Abs. 1 UStG Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Die HOAI hingegen erfasst nach § 1 HOAI ausschließlich Entgelte für die von ihr erfassten Leistungen, unter die eine Entschädigungszahlung nicht fällt.

707 Demzufolge sind die Begrenzungen der HOAI nicht auf den Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers nach § 642 BGB anwendbar<sup>699</sup>.

## *II. Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB*

708 Voraussetzung eines Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB ist, dass der Auftraggeber eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt (*Abschnitt 1*), welche für die Leistungserbringung des Auftragnehmers erforderlich ist (*Abschnitt 2*) und wodurch er in Annahmeverzug gerät (*Abschnitt 3*). Dabei darf dem Auftraggeber die Vornahme der Mitwirkungshandlung nicht unmöglich sein. Eine Behinderungsanzeige oder Aufforderung zur Vornahme der Mitwirkungshandlung durch den Auftragnehmer ist jedoch nicht erforderlich. Auch muss der Auftraggeber das Unterlassen der Mitwirkungshandlung nicht verschuldet haben (*Abschnitt 4*).

### *1. Unterlassen einer Mitwirkungshandlung*

709 Wesentliches Tatbestandsmerkmal des Entschädigungsanspruches nach § 642 Abs. 1 BGB ist das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung.

710 **Mitwirkungshandlungen** sind nach der überwiegenden Ansicht grundsätzlich keine Leistungs- oder Nebenpflichten, sondern Gläubigerobliegenheiten, auf die kein Erfüllungsanspruch be-

---

<sup>698</sup> Urteil des BGH vom 24.01.2008 – VII ZR 280/05, NZBau 2008, 318.

<sup>699</sup> Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775; Seufert IBR 2011, 1002 Rdnr. 81; Heinle BauR 1992, 428, 430; Urteil des BGH vom 07.07.1988 – VII ZR 179/87, NJW-RR 1988, 1295, 1296; Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1775; Urteil des OLG Düsseldorf vom 24.11.1981 – 23 U 105/80, BauR 1983, 473; im Ergebnis Glanzmann, in: RGRK § 642 Rdnr. 19; Beschluss des OLG Köln vom 21.10.2004 – 20 U 98/03, BauR 2005, 582

steht<sup>700</sup>. Obliegenheiten wiederum sind Verhaltensweisen, von denen nach dem Inhalt des Vertrags der Beginn oder die Durchführung der Arbeiten des Auftragnehmers abhängen<sup>701</sup>. Sie stellen Gebote des eigenen Interesses dar, denen der Adressat – auch wenn sie nicht selbstständig einklagbar sind – nachkommen muss, wenn er den Eintritt von Rechtsnachteilen vermeiden will<sup>702</sup>. Einer dieser Rechtsnachteile ist der Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers nach § 642 BGB.

Im Falle des Architekten- und Ingenieurvertrags über Objektüberwachungsleistungen kommen 711 als Mitwirkungspflichten des Auftraggebers vor allem die Veranlassung der Bauausführung und die rechtzeitige Beauftragung der Bau- und Fachunternehmern in Betracht<sup>703</sup>.

### 1.1. *Verletzung von Mitwirkungshandlungen durch Handlungen Dritter*

Die Verletzung einer Mitwirkungshandlung des Auftraggebers liegt auch vor, wenn er sich für 712 die Erfüllung seiner Obliegenheiten Dritter bedient und diese ihrerseits ihren Pflichten und Obliegenheiten nicht nachkommen<sup>704</sup>. Dies gilt insbesondere für Fach- und Sonderingenieure. Dies folgt daraus, dass § 642 BGB Tatbestand einer Gefährdungshaftung<sup>705</sup> ist, so dass es alleine darauf ankommt, ob dem Auftragnehmer vom Auftraggeber der Auftragsgegenstand zur Verfügung gestellt wird<sup>706</sup>. Anders als Schadensersatzansprüche setzt § 642 BGB **kein Vertretenmüssen** des Auftraggebers voraus (hierzu ausführlich *Rdnr. 728*).

---

<sup>700</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 188; Urteil des BGH vom 16.05.1968 – VII ZR 40/66, NJW 1968, 1873; Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 154; Kleine-Möller, NZBau 2000, 401, 402; Kramer, in: Münchener Kommentar BGB, Einl. Rdnr. 50; A. A. Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 3 Rdnr. 13.

<sup>701</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582; Urteil des OLG Düsseldorf vom 14.01.2011 – 22 U 198/07, NJW 2011, 1081, 1082; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 6; Heinle, BauR 1992, 428, 430; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 7; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 11; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 2.

<sup>702</sup> Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 154; Kleine-Möller, NZBau 2000, 401, 402.

<sup>703</sup> Schwenker, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 4 Rdnr. 194.

<sup>704</sup> Urteil des BGH vom 19.12.2002 – VII ZR 440/01, BauR 2003, 531; Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 723; Leupertz, BauR 2010, 1999, 2005; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 19; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 12.

<sup>705</sup> Kapellmann, NZBau 2011, 193, 196.

<sup>706</sup> Urteil des BGH vom 19. 12. 2002 – VII ZR 440/01, NZBau 2003, 325; Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336; Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 189; Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 189 zu Vorunternehmerleistungen; Kraus, BauR 1986, 17, 22; Peters/Jacoby in: Staudinger § 642 Rdnr. 23.

## 1.2. *Naturereignisse*

713 Der Eintritt von Naturereignissen führt in der Regel nicht zu einer Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten<sup>707</sup>. Wird der Auftragnehmer durch den Eintritt von Naturereignissen an seiner Leistungserbringung gehindert, ist dies vom Verantwortungsbereich des Auftraggebers nur erfasst, wenn er nach der vertraglichen Vereinbarung oder nach der Verkehrssitte diese Gefahr übernommen hat bzw. entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu treffen hat<sup>708</sup>. Soweit dies nicht der Fall ist, muss der Auftragnehmer die denkbaren Witterungseinflüsse berücksichtigen<sup>709</sup>.

### 2. *Erforderlichkeit der Mitwirkungshandlung zur Herstellung des Werkes*

714 Die vom Auftraggeber unterlassene Mitwirkungshandlung muss für die Herstellung des Werkes „erforderlich“ sein<sup>710</sup>. Hierzu muss die Leistung des Auftragnehmers von der Mitwirkungshandlung tatsächlich abhängen<sup>711</sup>, die fehlende Mitwirkungshandlung die Herstellung des Werkes also erschweren oder verzögern<sup>712</sup>. Dies ist nicht der Fall, wenn die Handlungen aus Sicht des Auftragnehmers lediglich hilfreich, aber für die Leistungserbringung nicht zwingend erforderlich sind<sup>713</sup>. Insbesondere ist die Honorierung einer vergütungspflichtigen Leistungsänderung keine Handlung, die zur Herstellung des Werkes erforderlich ist<sup>714</sup>. Dies betrifft auch Handlungen, die nach der Bauausführung vorzunehmen sind, wie bspw. die Abnahme oder Rechnungsprüfung<sup>715</sup>. Erforderlich sind hingegen das Zurverfügungstellen des Baugrundstücks und die rechtzeitige Beauftragung der Bauunternehmen<sup>716</sup>.

### 3. *Annahmeverzug*

715 Der Auftraggeber muss durch die unterlassene Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug geraten sein. Für die Begründung des Annahmeverzugs gelten die Regelungen der §§ 293 ff. BGB<sup>717</sup>. Dies setzt voraus, dass der Auftraggeber eine vom Auftragnehmer angebotene, wirksame und

---

<sup>707</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 c) Störungskomplex 4 bb) (1); Leupertz, BauR 2010, 1999, 2005; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 35; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 18; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 13; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 688; A. A. Wilhelm/Götze NZBau 2010, 721.

<sup>708</sup> Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 35; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 18.

<sup>709</sup> Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 35 f.

<sup>710</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 21.

<sup>711</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 21.

<sup>712</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 12; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 21.

<sup>713</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 21.

<sup>714</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 11.

<sup>715</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 11; Glanzmann, in: RGRK, § 642 Rdnr. 2

<sup>716</sup> Schwenker, in: Thode/Wirth/Kuffer, § 4 Rdnr. 194.

<sup>717</sup> Urteil des OLG Stuttgart vom 08.12.1972 – 2 U 67/72, BauR 1973, 385; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 12; Teichmann, in: Soergel, § 642 Rdnr. 4.

erfüllbare Leistung (*Abschnitt 3.1*) nicht annimmt. Zudem darf der Auftraggeber nicht vorübergehend an der Annahme der Leistung des Auftragnehmers gehindert gewesen (*Abschnitt 3.2*) und dem Auftragnehmer die Leistungserbringung nicht unmöglich (*Abschnitt 3.3*) sein. Eine Behinderungsanzeige ist hingegen nicht erforderlich (*Abschnitt 3.4*).

Der **Annahmeverzug ist beendet**, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt, insbesondere der Auftraggeber die ihm obliegende Mitwirkungshandlung vornimmt<sup>718</sup>. 716

### 3.1. *Angebot des Auftragnehmers*

Grundsätzlich gerät der Auftraggeber in Annahmeverzug, wenn der Auftragnehmer nach § 294 BGB die Leistung tatsächlich anbietet, was regelmäßig bereits der Fall ist, wenn der Auftragnehmer Mitarbeiter auf der Baustelle bereithält, die erkennbar leistungsbereit sind<sup>719</sup>. 717

Für den vorliegenden Fall, dass zur Bewirkung der Leistung des Auftragnehmers eine Handlung des Auftraggebers notwendig ist (also eine Mitwirkungshandlung), ist nach § 295 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Herbeiführung des Annahmeverzuges auch ausreichend, dass der Auftragnehmer seine Leistung wörtlich anbietet. Dies geschieht unter anderem dadurch, dass der **Auftragnehmer den Auftraggeber zur Erbringung der Mitwirkungshandlung**, bspw. durch eine Behinderungsanzeige<sup>720</sup>, **auffordert** (§ 295 Satz 2 BGB). 718

Haben sich die Vertragsparteien vertraglich auf die **Leistungserbringung zu einer Zeit geeinigt, die nach dem Kalender bestimmt ist oder sich von einem festgelegten Ereignis aus nach dem Kalender berechnen lässt** (bspw. durch einen vertraglich vereinbarten Terminplan), ist jegliches Angebot des Auftragnehmers nach § 296 BGB entbehrlich. In diesem Fall gerät der Gläubiger **allein durch Zeitablauf** in Annahmeverzug<sup>721</sup>. Jedoch kann der Auftraggeber durch Fristen eines Bauzeitenplans nur dann in Annahmeverzug geraten, wenn der Plan zwischen den Vertragsparteien als verbindlich vereinbart wurde<sup>722</sup>. 719

---

<sup>718</sup> Urteil des BGH vom 08.07.2004 – VII ZR 317/02; Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 c) Störungskomplex 4 bb) (2); Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 48.

<sup>719</sup> Urteil des BGH vom 19.12.2002 – VII ZR 440/01, NJW 2003, 1601; Urteil des KG Berlin vom 12.02.2008 – 21 U 155/06, BauR 2009, 650, 654; Urteil des OLG Jena vom 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510, 512; Sprau, in: Palandt, § 642 Rdnr. 2; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 24.

<sup>720</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336, 1337; Urteil des OLG Jena vom 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510, 512; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 24; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 682.

<sup>721</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 296 Rdnr. 1; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 25.

<sup>722</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336, 1337; Stickler, in: Messerschmidt/Voit § 642 Rdnr. 26.

720 Die vom Auftragnehmer angebotene Leistung **nimmt der Auftraggeber nicht an**, wenn er die erforderliche Mitwirkungshandlung überhaupt nicht, sondern auch, wenn er sie nicht rechtzeitig<sup>723</sup>, nicht ordnungsgemäß<sup>724</sup>, insbesondere nicht vollumfänglich, also nur teilweise, vornimmt<sup>725</sup>. Daher ist für den Anspruch des § 642 BGB nicht entscheidend, in welchem Umfang der Auftragnehmer behindert ist, sondern **dass er in seiner Leistungserbringung behindert ist**<sup>726</sup>.

### 3.2. *Vorübergehende Annahmeverhinderung nach § 299 BGB*

721 Der Auftraggeber gerät jedoch dann nicht gemäß § 299 BGB in Annahmeverzug, wenn die Leistungszeit des Auftragnehmers nicht bestimmt ist oder dieser vor der bestimmten Zeit leisten darf und der Auftraggeber nur vorübergehend an der Annahme gehindert ist. Denn in den Fällen einer nur zeitweiliger Verhinderung und unbestimmten Leistungszeit kann dem Auftraggeber eine ständige Annahmebereitschaft nicht zugemutet werden<sup>727</sup>. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn der Auftragnehmer seine Leistung in angemessener Zeit vorher angekündigt hat.

722 Welche Zeit zwischen der Ankündigung und der Leistung liegen muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles sowie gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben nach dem was von beiden Parteien erwartet werden kann, um die vertragsgerechte und damit auch die innerhalb der vorgesehenen Vertragszeit beabsichtigte Fertigstellung des Bauvorhabens zu fördern<sup>728</sup>. Insbesondere bei Störungen der Baustelle ist der Zeitraum einer angemessenen Reaktion zu berücksichtigen<sup>729</sup>.

### 3.3. *Keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer nach § 297 BGB*

723 Nach § 297 BGB kommt der Auftraggeber in dem Zeitraum nicht in Annahmeverzug, in dem der Auftragnehmer selbst außerstande ist, die Leistung zu erbringen. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt jedoch der Auftraggeber<sup>730</sup>.

---

<sup>723</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 189.

<sup>724</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 6; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 9; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 11.

<sup>725</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 20.

<sup>726</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 20.

<sup>727</sup> Lorenz, in: Beck'scher, OK BGB, § 299 Rdnr. 1.

<sup>728</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 47.

<sup>729</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 47.

<sup>730</sup> Lorenz, in: Beck'scher, OK BGB, § 299 Rdnr. 5.

### 3.4. *Erfordernis einer Behinderungsanzeige und Aufforderung zur Vornahme an den Auftraggeber*

Anders als § 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B verlangt § 642 BGB dem Wortlaut nach keine Behinderungsanzeige des Auftragnehmers an den Auftraggeber. Dennoch wird teilweise auch für den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB eine Behinderungsanzeige<sup>731</sup> bzw. die Aufforderung der Vornahme der Mitwirkungshandlung<sup>732</sup> vorausgesetzt. Hiernach müsse der Auftragnehmer anzeigen, dass er wegen der hindernden Umstände zur Leistungserbringung nicht in der Lage sei und seine Leistungsbereitschaft und seinen Leistungswillen gegenüber dem Auftraggeber zum Ausdruck bringen<sup>733</sup>. 724

Das Verlangen einer Behinderungsanzeige ist jedoch abzulehnen. Denn eine Aufforderung durch den Auftragnehmer ist nach § 295 Satz 2 BGB nur Voraussetzung des Annahmeverzuges, wenn für die erforderliche Mitwirkungshandlung des Auftraggebers nicht bereits eine kalendermäßige Zeit berechnet ist. Doch selbst wenn dies nicht der Fall ist, wird regelmäßig bereits ein tatsächliches Angebot des Auftragnehmers gemäß § 294 BGB durch seine Anwesenheit auf der Baustelle vorliegen, welches wiederum ein wörtliches Angebots entbehrlich macht. Wird trotz dessen eine Behinderungsanzeige verlangt, stellt dies nicht nur eine Überinterpretation des Wortlauts von § 642 BGB, sondern auch eine Auslegung gegen den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut und der – systematik der §§ 293 ff. BGB (contra legem) dar und ist daher unzulässig<sup>734</sup>. Unbedeutend ist vor diesem Hintergrund auch, dass eine (zusätzliche) Behinderungsanzeige nützlich oder schadensbegrenzend sein kann. 725

Eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Anzeige der Behinderung kann sich im Einzelfall nur aus der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB ergeben<sup>735</sup>. Dessen Voraussetzungen sind jedoch erst erfüllt, wenn der Auftragnehmer davon ausgehen durfte, dass der Auftraggeber die Erforderlichkeit seiner Mitwirkungshandlung nicht erkennen kann- 726

---

<sup>731</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 c) Störungskomplex 1 bb); Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 23; Seufert, IBR 2011, 1002 Rdnr. 73.

<sup>732</sup> Beschluss des OLG Köln vom 21.10.2004 – 20 U 98/03, BauR 2005, 582.

<sup>733</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 c) Störungskomplex 1 bb); Grüneberg, in: Palandt, § 296 Rdnr. 1.

<sup>734</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 189; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1619; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 710; Im Ergebnis: Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 33.

<sup>735</sup> Kniffka, in: IBR-OK § 642 Rdnr. 36; Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 36; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 27; weitergehend Boldt, BauR 2006, 185, 191, die davon ausgeht, dass eine derartige Anzeige stets erforderlich ist.

te, bspw. weil er wegen des gestörten Bauablaufs annahm, dass sich die Verzögerung seiner Mitwirkung nicht störend auf den Bauablauf auswirkt<sup>736</sup>.

727 Sofern dennoch zur Vermeidung von Streitigkeiten und Sicherung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB eine Behinderungsanzeige abgegeben wird, sollte diese **alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit die Gründe für die Behinderung oder Unterbrechung im Einzelnen ergeben**<sup>737</sup>, dass heißt welche Arbeiten wann nach dem Bauablauf hätten ausgeführt werden können, weshalb sie nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden konnten<sup>738</sup> und welche Auswirkungen die unterlassene Mitwirkungshandlung für die weitere Leistungserbringung hat<sup>739</sup>.

#### 4. *Kein Verschulden des Auftraggebers*

728 Ein **Verschulden des Auftraggebers ist nicht erforderlich**, da § 642 Abs. 1 BGB ausschließlich auf die Voraussetzungen des Annahmeverzugs abstellt<sup>740</sup>, der wiederum kein Verschulden voraussetzt.

### III. *Rechtsfolge: Entschädigung*

729 Nach § 642 Abs. 1 BGB kann der Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung verlangen, die sich gemäß § 642 Abs. 2 BGB einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen bemisst, was der Auftragnehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

730 Der Gesetzgeber hat von einer gesetzlichen Definition der angemessenen Entschädigung abgesehen und lediglich unter § 642 Abs. 2 BGB Kriterien zur Bestimmung des Entschädigungsan-

---

<sup>736</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 36.

<sup>737</sup> Döring, in: Ingenstau/Korbion, § 6 Abs. 1 Rdnr. 6.

<sup>738</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336, 1336; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 575.

<sup>739</sup> Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NZBau 2002, 381; Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336.

<sup>740</sup> Beschluss des BGH vom 22.07.2010 – VII ZR 117/08, NJW 1957, 989; Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 189; Urteil des BGH vom 11.04.1957 – VII ZR 280/56; Urteil des RG vom 21.09.1920 – VII 143/30, RGZ 100, 46; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 12; Glanzmann, in: RGRK, § 642 Rdnr. 4; Grüneberg, in: Palandt, § 293 Rdnr. 10; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1074; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 23; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 29; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 12.



spruchs festgelegt<sup>741</sup>. Daraus folgt, dass sowohl der Zeitraum, für den die Entschädigung gewährt wird (*Abschnitt 1*), als auch die Berechnungsweise (*Abschnitt 2*), umstritten sind.

### 1. *Zeitliche Begrenzung des Anspruchs*

Streitig ist, ob der Entschädigungsanspruch ausschließlich für den konkreten Zeitraum des Annahmeverzuges zu gewähren ist oder ob sämtliche kausalen Auswirkungen des Annahmeverzuges zu berücksichtigen sind. Diese Unterscheidung wirkt sich in tatsächlicher Hinsicht nur dann aus, wenn die Dauer des Annahmeverzuges und die Verzögerung des Bauablaufes nicht identisch sind. Dies ist bspw. der Fall, wenn sich die Verzögerung erst an das Ende der Bauausführung anschließt oder der Auftragnehmer Beschleunigungsmaßnahmen ergreift und somit keine Bauzeitverlängerung eintritt. Eine Ansicht stellt alleine auf den Zeitraum des Annahmeverzugs ab, so dass sie dem Auftragnehmer weder einen Entschädigungsanspruch für Zeiträume nach Beendigung des Annahmeverzugs, noch für Beschleunigungsmaßnahmen gewährt (*Abschnitt 1.1*). Eine andere Ansicht hingegen umfasst auch die über den Annahmeverzugszeitraum hinausgehenden Folgewirkungen (*Abschnitt 1.2*). 731

#### 1.1. *Zeitraum des Annahmeverzugs*

Nach teilweise vertretener Ansicht hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Entschädigung ausschließlich für den Zeitraum des Annahmeverzugs<sup>742</sup>. Begründet wird dies überwiegend mit dem Wortlaut des § 642 BGB, der auf die „Dauer des Verzugs“ abstelle und damit unmittelbar nur Wartezeiten des Auftragnehmers betreffe, für die ihm eine angemessene Entschädigung gezahlt werden solle<sup>743</sup>. Schließlich werde nicht auf die „Dauer der Verzögerung“ oder die „Folgen des Verzugs“ abgestellt<sup>744</sup>. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des BGH, wonach eine angemessene Entschädigung „für die Dauer des Annahmeverzugs“ zu gewähren sei<sup>745</sup>. 732

Darüber hinaus enthalte § 642 BGB eine Gefahrtragungsregelung<sup>746</sup>, wonach dem Auftraggeber ausschließlich die Gefahr auferlegt werde, dass die Arbeiten nicht im vorgesehenen Zeitrahmen 733

---

<sup>741</sup> Urteil des BGH vom 24.01.2008 – VII ZR 280/05, NJW 2008, 1523; Lang/Rasch, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil B Rdnr. 358; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1806; Sienz, BauR 2014, 390, 391.

<sup>742</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 c) Störungskomplex 4 bb) (2); Urteil des OLG Jena vom 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510, 513; Urteil des OLG Köln vom 14.08.2003 – 12 U 114/02, NJW-RR 2004, 818, 819; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1811 ff.; Sienz, BauR 2014, 390, 401; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 43.

<sup>743</sup> Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25.

<sup>744</sup> Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1812.

<sup>745</sup> Urteil des BGH vom 19.12.2002 – VII ZR 440/01, NZBau 2003, 325.

<sup>746</sup> Sienz, BauR 2014, 390, 391.

durchgeführt werden können<sup>747</sup>. Sonstige Nachteile seien von der verschuldensunabhängigen Norm nicht erfasst und daher der ratio legis nach nicht zu entschädigen<sup>748</sup>. Die gegenteilige Ansicht laufe auf eine schadensersatzrechtliche Betrachtung hinaus<sup>749</sup>, für die von der Systematik her andere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stünden (bspw. Schadensersatz nach §§ 280 ff. BGB), als die Vorschriften über den Annahmeverzug<sup>750</sup>.

## 1.2. *Tatsächliche Auswirkungen des Annahmeverzugs*

- 734 Nach anderer Ansicht ist auf die konkreten Auswirkungen des Annahmeverzuges, also seiner Folgewirkungen auf den Bauablauf, abzustellen<sup>751</sup>. Dem Wortlautargument der Gegenansicht wird entgegnet, dass sich die Höhe der Entschädigung „nach der Dauer des Verzugs“ und nicht „nach der Dauer des Annahmeverzugs“ richte<sup>752</sup>. § 642 Abs. 2 BGB stelle somit nicht ausdrücklich auf den ausschließlichen Annahmeverzugszeitraum ab<sup>753</sup>. Vielmehr sei die Entschädigungshöhe an die Dauer des Verzugs angelehnt und bestimme sich somit „nach“ dessen Dauer<sup>754</sup>.
- 735 Zudem sei nicht eindeutig, dass der BGH auf den Annahmeverzugszeitraum abstelle, da für den Entschädigungsanspruch ebenfalls entscheidend sei, wie lange der Auftragnehmer Personal und Kapital „wegen des Annahmeverzugs bis zur endgültigen Fertigstellung der Leistungen“ aufrecht erhalten habe<sup>755</sup> sowie „die Nachteile, die dem Auftragnehmer durch den Verzug des Auftraggebers während der ursprünglichen Vertragsdauer“ entstünden<sup>756</sup>.
- 736 Vielmehr sei entscheidend, dass das zur Bemessung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 Abs. 2 BGB verwendete Begriffspaar „einerseits – andererseits“ einzigartig innerhalb des BGB sei<sup>757</sup>. Die deutsche Privatrechtsordnung denke üblicherweise hierarchisch in Kategorien von Regeln und Ausnahmen<sup>758</sup>. § 649 BGB bestimme daher bspw., dass von der vereinbarten Vergütung die ersparten Aufwendungen und der anderweitige Erwerb abzuziehen seien. § 642 BGB

---

<sup>747</sup> Sienz, BauR 2014, 390, 391.

<sup>748</sup> Sienz, BauR 2014, 390, 391.

<sup>749</sup> Sienz, BauR 2014, 390, 401.

<sup>750</sup> Urteil des OLG Köln vom 14.08.2003 – 12 U 114/02, NJW-RR 2004, 818, 819.

<sup>751</sup> Boldt, BauR 1006, 185, 193; Engler, IBR 2013, 1221 Rdnr. 12; Heinle, BauR 1992, 428, 432; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 1650; Lang/Rasch, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil B Rdnr. 358; Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 54.

<sup>752</sup> Lang/Rasch, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil B Rdnr. 358.

<sup>753</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 194.

<sup>754</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 194.

<sup>755</sup> Urteil des BGH vom 19.12.2002 – VII ZR 440/01, NZBau 2003, 325.

<sup>756</sup> Urteil des BGH vom 20.08.2009 – VII ZR 212/07, NZBau 2010, 47.

<sup>757</sup> Glöckner, BauR 2014, 368, 374; Sienz, BauR 2014, 390, 398.

<sup>758</sup> Glöckner, BauR 2014, 368, 374.

hingegen enthalte eine Abwägungsentscheidung<sup>759</sup>, wobei § 642 Abs. 2 BGB Kriterien festlege, nach denen sich die Entschädigung „bestimmt“<sup>760</sup>. Hieraus folge, dass die Dauer des Annahmeverzuges lediglich ein Anhaltspunkt für die Bemessung der Höhe der Entschädigung sei und auf die konkreten Auswirkungen des Annahmeverzuges beim Auftragnehmer abgestellt werden müsse<sup>761</sup>. § 642 Abs. 2 BGB sei daher als „Dauer der Verzögerung auf Grund des Annahmeverzuges“ zu lesen<sup>762</sup>.

Auch wird eingewendet, dass der Anspruch des § 642 BGB ansonsten weitgehend ist Leere laufen würde<sup>763</sup>. Soweit sich der Zeitraum des Annahmeverzuges mit dem Vertragszeitraum decke, entstünden dem Auftragnehmer in der Regel keine Nachteile, da dieser Zeitraum durch die vertragliche Vergütung, die für den Vertragszeitraum kalkuliert und vereinbart sei, abgedeckt werde<sup>764</sup>. Eine Entschädigung werde vielmehr dadurch gerechtfertigt, dass der Auftragnehmer trotz des Annahmeverzuges vertraglich zur Leistung verpflichtet bleibe, wodurch ihm Mehrkosten entstünden, die er ohne den Annahmeverzug nicht habe<sup>765</sup>. Wie lange der Auftragnehmer Ressourcen vorhalten müsse, hänge nicht von der Dauer des Annahmeverzuges ab, sondern davon, wie sich der Annahmeverzug auf die Herstellung des Werkes auswirke<sup>766</sup>. Hintergrund des Entschädigungsanspruches nach § 642 BGB sei daher, dass der Schuldner für Nachteile, die ihm durch die unterbliebene Annahme seiner Leistung entstehen, entschädigt werden solle<sup>767</sup>. 737

### 1.3. *Bewertung der Ansichten*

Der ersten Ansicht ist unter Berücksichtigung des Wortlauts, sowie Sinn und Zweck der Norm, der Vorzug zu gewähren, so dass lediglich auf den Zeitraum des Annahmeverzuges abzustellen ist. 738

Die Behauptung, wonach der Auftragnehmer für den Zeitraum des Annahmeverzuges keine Nachteile erfahre, da er hierfür die vertragliche Vergütung erhalte, ist unzutreffend. Denn **für den Annahmeverzugszeitraum erhält der Auftragnehmer gerade keine Vergütung**<sup>768</sup>, da er üblicherweise nicht für den Ablauf von Zeit, sondern die von ihm erbrachte Leistung vergütet 739

---

<sup>759</sup> Glöckner, BauR 2014, 368, 374.

<sup>760</sup> Roskosny/Bolz, BauR 2006/1804, 1806; Sienz, BauR 2014, 390, 398.

<sup>761</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 194.

<sup>762</sup> Roskosny/Bolz, BauR 1006, 1804, 1812.

<sup>763</sup> Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 54.

<sup>764</sup> Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 54.

<sup>765</sup> Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 54.

<sup>766</sup> Kniffka, in: Kniffka/Koeble, 8. Teil Rdnr. 35.

<sup>767</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 194.

<sup>768</sup> Sienz, BauR 2014, 390, 401.

wird. Kann er im Annahmeverzugszeitraum keine Leistung erbringen, erhält er hierfür auch keine Vergütung.

740 § 642 BGB bestimmt, dass der Entschädigungsanspruch aus zwei Kriterien gebildet werden soll: Der Vergütung und der Dauer des Verzugs. Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass der Entschädigungsanspruch unter Berücksichtigung sämtlicher dem Auftragnehmer aus dem Annahmeverzug entstandenen Nachteile gebildet werden soll. Denn hätte der Gesetzgeber dies gewollt, wäre ein Schadensersatzanspruch normiert worden, der den Auftragnehmer so stellt, wie er stünde, wenn der Auftraggeber seiner Mitwirkungsobliegenheit ordnungsgemäß nachgekommen wäre. Demgegenüber unterscheidet sich der Entschädigungsanspruch des § 642 BGB neben dem Wortlaut, wonach eine angemessene „**Entschädigung**“ verlangt werden kann, signifikant von einem Schadensersatzanspruch. Denn der Anspruch setzt weder ein Verschulden des Auftraggebers, noch die Verletzung einer Vertragspflicht, voraus, da die Vornahme von Mitwirkungshandlungen als Obliegenheit grundsätzlich in seinem eigenen Interesse besteht.

741 Vielmehr ist die Regelung des § 642 Abs. 2 BGB als Rahmen für den Entschädigungsanspruch zu verstehen, der zum einen aus dem Zeitraum des (Annahme-)verzuges und zum anderen aus der Höhe der Vergütung gebildet werden soll. Innerhalb dieses Rahmens, wird dem Auftragnehmer eine „angemessene“ Entschädigung in der Weise gewährt, dass sie die ihm entstandenen Mehrkosten zu decken hat. Diese Bestimmung wirkt sich insbesondere darauf aus, ob dem Auftragnehmer auch der im Honorar enthaltene Wagnis- und Gewinnanteil erstattet werden soll (hierzu ausführlich *Rdnr. 758 ff.*).

742 Auch ist davon auszugehen, dass der **Gesetzgeber mit der Dauer des Verzugs den Annahmeverzugszeitraum gemeint hat**. In den Regelungen über den Annahmeverzug nach den §§ 293 ff. BGB stellt der Gesetzgeber ebenfalls nicht auf den Annahmeverzug ab, sondern nur auf den Verzug als solchen. Auch bestimmt § 293 BGB, dass der Gläubiger „in Verzug“ kommt, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Dabei besteht kein Zweifel, dass der Gesetzgeber hiermit den Annahmeverzug meint. Auch stellt § 642 BGB in Abs. 1 auf den „Verzug der Annahme“ ab, so dass anzunehmen ist, dass sich der Gesetzgeber die Wiederholung „der Annahme“ in Abs. 2 durch den systematischen Zusammenhang von Abs. 2 zu Abs. 1 BGB gespart hat. Hätte der Gesetzgeber den Anspruch nicht auf den Verzugszeitraum begrenzen, sondern auf die tatsächlichen Auswirkungen des Annahmeverzugs abstellen wollen, hätte er vermutlich eine entsprechend deutliche Regelung, wie bei Schadensersatzansprüchen nach § 249 Abs. 1 BGB, ge-

wählt. Die Überinterpretation durch Abstellen auf die Folgewirkungen ist daher jedenfalls als Auslegung gegen den Wortlaut (*contra legem*) unzulässig<sup>769</sup>.

## 2. *Berechnungsmethoden*

Umstritten ist ebenfalls die Berechnungsmethode des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB. Vertreten wird einerseits, diesen „von unten nach oben“, das heißt auf Basis der durch den Annahmeverzug entstandenen Kosten gemäß der Urkalkulation des Honorars zu berechnen. Andererseits wird vertreten, die Entschädigung „von oben nach unten“, das heißt durch Ermittlung der zeitanteiligen Vergütung während der Dauer des Annahmeverzugs, abzüglich der hierbei tatsächlich ersparten Kosten, zu berechnen.

### 2.1. *Ermittlung „von unten nach oben“*

Teilweise wird vertreten, den Entschädigungsanspruch **anhand der Urkalkulation** des Honorars für die Kosten zu berechnen, die dem Auftragnehmer während bzw. aufgrund des Annahmeverzugs des Auftraggebers entstanden sind<sup>770</sup>. Hierzu hat der Auftragnehmer darzulegen, welche der von ihm angebotenen Leistungen im Zeitraum des Annahmeverzugs hätten ausgeführt werden sollen und welches Honorar dafür zu zahlen gewesen wäre<sup>771</sup>. Anders als ein Schadensersatzanspruch darf nicht auf die angefallenen Kosten abgestellt werden, die unter Umständen zwischenzeitlichen gestiegen sind, sondern lediglich die ursprünglich vom Auftragnehmer kalkulierten Kosten<sup>772</sup>. Denn § 642 BGB stellt ausdrücklich auf die vereinbarte Vergütung ab<sup>773</sup>.

Grundlage für die Berechnung der Entschädigung ist somit die Kalkulation des vertraglich vereinbarten Honorars des Auftragnehmers. Doch diese existiert bei Architekten und Ingenieuren teilweise nicht, da sich diese oftmals auf die Auskömmlichkeit der Honorare nach den jeweiligen

---

<sup>769</sup> was teilweise eingeräumt wird: Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Teil 4 Rdnr. 284.

<sup>770</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 3; Urteil des OLG Karlsruhe vom 27.02.2007 – 8 U 47/06, IBR 2007, 300; Urteil des OLG Celle vom 24.02.1999 – 14 a (6) U 4/98, NJW-RR 2000, 234; Boldt, BauR 2006, 185, 194 ff.; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 17; Döring, in: Ingenstau/Korbion, § 6 Abs. 6 VOB/B Rdnr. 59; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 1649 f.; Oberhauser, in: BeckOK, VOB/B § 6 Abs. 6 Rdnr. 64 f.; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25; Leinemann, NZBau 2009, 624, 627; Schilder, BauR 2007, 450, 452; Sienz, BauR 2014, 390, 399; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 40; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 693; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 361 f.; Vygen/Joussen, Rdnr. 2098.

<sup>771</sup> Urteil des OLG Celle vom 01.11.2001 – 13 U 148/00 Rdnr. 39; Urteil des OLG Düsseldorf vom 09.11.1995 – 18 U 11/95, NJW-RR 1996, 1507, 1508; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1813.

<sup>772</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 194 ff.; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 1649; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25; Roskosny/Bolz, BauR 1804, 1814; Sienz, BauR 2014, 390, 399; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 37; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 689; A. A. Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 1650 wonach die tatsächlich angefallenen Kosten geltend gemacht werden können, wenn diese die kalkulierten Kosten übersteigen.

<sup>773</sup> Engler, IBR 2013, 1221 Rdnr. 15; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdnr. 1649; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 693.

Honorartafeln der HOAI verlassen und keine Kosten- und Leistungsrechnung bzw. kalkulatorische Ermittlung des voraussichtlich entstehenden Aufwands aufstellen<sup>774</sup>. Damit die Entschädigung dennoch kalkulatorisch und nicht gemäß den tatsächlichen Kosten gebildet wird, kann bei fehlender Kalkulation des Auftragnehmers auf dessen Bilanz abgestellt werden.

## 2.2. Ermittlung „von oben nach unten“

746 Nach anderer Ansicht wird die Entschädigung „von oben nach unten“, das heißt **durch Ermittlung der zeitanteiligen Vergütung während der Dauer des Annahmeverzugs, abzüglich der hierbei tatsächlich ersparten Kosten**, ermittelt<sup>775</sup>. Die Berechnungsweise entspricht somit der Bestimmung des Vergütungsanspruchs für nicht erbrachte Leistungen im Falle der freien Auftraggeberkündigung nach § 649 Satz 2 BGB<sup>776</sup>. Sie erfolgt in drei Schritten: Zunächst sind die Leistungen zu bestimmen, die der Auftragnehmer nach der vertraglichen Vereinbarungen im Zeitraum des Annahmeverzuges ausgeführt hätte. Diese Leistungen sind sodann gemäß der Vertragsvereinbarung anteilig zu vergüten. Anschließend sind hiervon die tatsächlich ersparten Kosten abzuziehen.

747 Sofern der Ansicht gefolgt wird, wonach der Entschädigungsanspruch auch die Folgewirkungen des Annahmeverzugs umfasst (hierzu ausführlich *Rdnr. 734 ff.*), sind zwei Berechnungen durchzuführen: Für die zeitlichen Verzögerungen der Leistungserbringung innerhalb des vereinbarten Vertragszeitraums ist die Berechnung „von oben nach unten“ durchführen und für den anschließenden Zeitraum eine Berechnung „von unten nach oben“<sup>777</sup>. Diese Aufsplittung folgt daraus, dass das Honorar für Leistungen während des vereinbarten Vertragszeitraums vereinbart wird, so dass für Folgewirkungen nach diesem Zeitraum kein zeitanteiliges Honorar nach der Berechnungsmethode „von oben nach unten“ berechnet werden kann.

748 Speziell für Architekten- und Ingenieurverträge wird innerhalb dieser Ansicht vertreten, dass die Entschädigung anhand des Honorars der Leistungsphasen 1 – 8 für die Dauer des Annahmeverzugs zu berechnen sei<sup>778</sup>. Hierzu wird das Honorar für die Leistungsphasen 1 – 8 durch die gewöhnliche Leistungsdauer dividiert und mit der Dauer des Annahmeverzuges multipliziert. Die

---

<sup>774</sup> Schramm/Schwenker, Rdnr. 282.

<sup>775</sup> Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Teil 4 Rdnr. 269; Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 61; Rasch/Lang, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil B, Rdnr. 369.

<sup>776</sup> Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Teil 4 Rdnr. 269.

<sup>777</sup> Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Teil 4 Rdnr. 284.

<sup>778</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 59; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1075.

Leistungsphase 9 sei regelmäßig nicht zu berücksichtigen, da diese keine ständige Einsatzbereitschaft erfordere<sup>779</sup>.

Für die Entschädigung (E) wäre somit folgende Berechnungsformel einschlägig:

749

$$E = \frac{H_{LP}}{D_g} * D_{AV}$$

|          |   |                                                       |              |
|----------|---|-------------------------------------------------------|--------------|
| $H_{LP}$ | = | vereinbartes Honorar für die<br>Leistungsphasen 1 – 8 | [in €]       |
| $D_g$    | = | gewöhnliche Leistungsdauer                            | [in Monaten] |
| $D_{AV}$ | = | Dauer des Annahmeverzuges                             | [in Monaten] |

Diese gesonderte Berechnungsweise ist jedoch abzulehnen. Denn sie stellt nicht auf die jeweiligen Leistungen ab, die der Auftragnehmer im Zeitraum des Annahmeverzuges zu erbringen hätte, sondern legt einen Querschnitt des gesamten Honorars zugrunde. Dies hat folgende Konsequenzen: Fällt der Annahmeverzug auf einen Zeitraum, in dem der Auftragnehmer Leistungen bereit stellt, die einen höheren Kostenaufwand erfordern, erhält der Auftragnehmer durch den angewendeten Querschnitt des gesamten Leistungsaufwandes eine verhältnismäßig geringe Entschädigung. Fällt der Annahmeverzug hingegen auf einen Zeitraum, in dem der Auftragnehmer Leistungen bereit stellt, die einen geringen Kostenaufwand erfordern, erhält der Auftragnehmer durch den angewendeten Querschnitt des gesamten Leistungsaufwandes eine verhältnismäßig hohe Entschädigung. In jedem Fall knüpft die Entschädigung nicht an die tatsächlichen Aufwendungen, sondern an eine Mischkalkulation an. Doch dies widerspricht der Regelung des § 642 Abs. 2 BGB, wonach der Auftragnehmer eine „angemessene“ Entschädigung erhalten soll, also eine solche, die an die tatsächlichen Mehraufwendungen anknüpft.

750

Abzustellen ist bei der Berechnungsweise „von oben nach unten“ daher auf die tatsächlich im Verzugszeitraum zu erbringenden Leistungen und das hierfür prozentual nach der HOAI bewertete Honorar<sup>780</sup>.

751

### 2.3. Bewertung der Ansichten

Nach § 642 Abs. 2 BGB ist dem Auftragnehmer eine „angemessene“ Entschädigung zu gewähren. Da der Norm nicht entnommen werden kann, ob die Entschädigung „von oben“ oder „von unten“ zu berechnen ist, ist auf die Zusammensetzung der jeweils berechneten Entschädigung

752

<sup>779</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 59; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1075.

<sup>780</sup> Urteil des KG vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B.II.3.a).

abzustellen. **Die beiden Berechnungsweisen unterscheiden sich im Ergebnis einzig durch die Berücksichtigung des Wagnis- und Gewinnanteils.** Denn im Falle einer Berechnung „von unten nach oben“ ist die Berücksichtigung des Wagnis- und Gewinnanteils umstritten und wird überwiegend abgelehnt und bei der Berechnung „von oben nach unten“ ist der Wagnis- und Gewinnanteil stets inbegriffen. Die Entscheidung für und gegen eine Berechnungsmethode hängt daher wesentlich von der Fragestellung ab, ob der Wagnis- und Gewinnanteil zu entschädigen ist (hierzu ausführlich *Rdnr. 758 ff.*), so dass der Streit an dieser Stelle nicht entschieden werden muss.

753 Auch für die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs auf Entschädigung nach § 642 BGB ist die Entscheidung für eine der beiden Berechnungsmethoden von untergeordneter Bedeutung. Denn das Gericht kann nach überwiegender Ansicht eine gerichtliche Schätzung entsprechend § 287 ZPO vornehmen (hierzu ausführlich *Rdnr. 777 ff.*). Ermittelt daher das Gericht den Entschädigungsbetrag „von unten nach oben“, obwohl der klagende Auftragnehmer den Betrag „von oben nach unten“ berechnet hat, ist das Gericht unbenommen, eine Kürzung des geforderten Entschädigungsbetrages vorzunehmen<sup>781</sup>.

### 3. *Umfang des Entschädigungsanspruches*

754 Die beiden Berechnungsweisen haben unterschiedliche Ansatzpunkte. Bei der Methode, welche den Anspruch „von oben nach unten“ ermittelt, wird das prozentuale Honorar für die im Verzugszeitraum tatsächlich zu erbringenden Leistungen ohne Kürzung zugrunde gelegt. Daher beinhaltet der Entschädigungsanspruch nach dieser Methode auch den Wagnis- und Gewinnanteil. Hingegen sind bei Anwendung der Methode, welche die Entschädigung „von unten nach oben“ ermittelt, die einzelnen Kosten des Auftragnehmers auf ihre Erstattungsfähigkeit hin zu bewerten (*Abschnitt 3.1*). Daraus folgt auch der Streit über die Berücksichtigung des Gewinn- und Wagnisanteils.

755 Bei beiden Methoden sind anschließend die vom Auftragnehmer ersparten Aufwendungen sowie das durch Ersatzaufträge (pflichtwidrig nicht) Erlangte abzuziehen (*Abschnitt 3.2*).

#### 3.1. *Umfang des Entschädigungsanspruches bei der Berechnung „von unten nach oben“*

##### 3.1.1 *Personal-, Materialkosten und Allgemeine Geschäftskosten*

---

<sup>781</sup> Urteil des BGH vom 29.05.2013 – VIII ZR 174/12, NJW 2013, 2584; Urteil des BGH vom 06.12.2012 – VII ZR 84/10, NZBau 2013, 159.



Erstattungsfähig sind in jedem Fall die Personal- und Materialkosten<sup>782</sup>, da diese in unmittelbarem Zusammenhang mit der unterlassenen Mitwirkung stehen und auch bei Stillstand anfallen können. Bei den Materialkosten ist zu beachten, dass diese nur entschädigt werden, sofern sie angefallen sind, im Übrigen sind nach § 642 Abs. 2 BGB die ersparten Aufwendungen abzuziehen. 756

Daneben sind auch die Kosten zu erstatten, die in mittelbarem Zusammenhang mit einer Behinderung stehen, da diese ebenfalls behinderungsbedingt anfallen<sup>783</sup>. Dies betrifft insbesondere die Allgemeinen Geschäftskosten, also solche Kosten, die keiner spezifischen Baumaßnahme zugeordnet werden können, sondern bezogen auf das gesamte Unternehmen anfallen, wie beispielsweise die Kosten der allgemeinen Verwaltung<sup>784</sup>. 757

### 3.1.2 Gewinn- und Wagnisanteil

Streitig ist, ob der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB auch einen Gewinn- und Wagnisanteil enthält. 758

Nach teilweiser Ansicht seien Wagnis und Gewinn zu entschädigen, soweit diese der Urkalkulation entnommen werden können<sup>785</sup>. Hierfür spreche bereits der Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB, der zur Berechnung der Entschädigung auf die vereinbarte Vergütung abstelle, wovon ausschließlich ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb abzuziehen seien<sup>786</sup>. Diese Wortlautinterpretation ist jedoch keine umfassende Bewertung dieser Rechtsfrage. Denn nach § 642 Abs. 2 BGB erhält der Auftragnehmer eine „angemessene“ Entschädigung auf Basis der Vergütung, so dass dies nicht den automatischen Schluss zulässt, die Urkalkulation vollständig (und damit auch hinsichtlich des Wagnis- und Gewinnanteils) fortzuschreiben. 759

Daher wird die Erstattung von Wagnis und Gewinn zusätzlich mit dem Sinn und Zweck des § 642 BGB begründet. Denn mit dem Entschädigungsanspruch soll dem Auftragnehmer ein Ausgleich dafür gewährt werden, dass er in der Dispositionsfreiheit hinsichtlich seiner Arbeits- 760

---

<sup>782</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 3 a) aa); Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25.

<sup>783</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 3 a) aa); Engler, IBR 2013, 1221 Rdnr. 16; Kues/Lüders, BauR 2012, 1847, 1850; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 694.

<sup>784</sup> Kattenbusch, in: Messerschmidt/Voit, Rdnr. 15.

<sup>785</sup> Urteil des OLG Celle vom 24.02.1999 – 14 a (6) U 4/98, NJW-RR 2000, 234; Urteil des OLG München vom 14.02.1978 – 9 U 2388/77, BauR 1980, 274, 275; Boldt, BauR 2006, 185, 198; Kapellmann/Schiffers, Band 2, Rdnr. 1621, Band 1, Rdnr. 1650; Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 57; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 25; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1810.

<sup>786</sup> Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1810 f.; Schilder, BauR 2007, 450, 455.

kraft und seines Kapitals beeinträchtigt wird<sup>787</sup>. Und hätte der Auftragnehmer seine Arbeitskraft anderweitig einsetzen und somit Gewinn erwirtschaften können, anstatt seine Leistungsfähigkeit für den Auftraggeber vorhalten zu müssen, dann sei dem Auftragnehmer nach teilweiser Ansicht auch der Gewinn- und Wagnisanteil der Vergütung zu erstatten<sup>788</sup>. Diese Ansicht vermengt den in das Honorar einkalkulierten Unternehmensgewinn mit einem etwaigen entgangenen Gewinn aus anderen Bauvorhaben<sup>789</sup>. Denn wird infolge einer Bauablaufstörung ein geplanter Gewinn eines sich anschließenden Drittprojekt nicht realisiert, „entgeht“ diesem nicht der Gewinn **aus dem Bauvorhaben** des Auftraggebers, sondern allenfalls ein solcher **aus dem geplanten Bauvorhaben**<sup>790</sup>. Ein entgangener Gewinn aus anderen Bauvorhaben ist jedoch nicht Bestandteil des infolge des Annahmeverzuges zu gewährenden Entschädigungsanspruchs für den Zeitraum, indem er behinderungsbedingt keine Leistungen erbringen konnte. Hierbei handelt es sich vielmehr nach der Dogmatik des BGB um eine klassische Schadensposition, die alleine durch einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch erstattet wird<sup>791</sup> (hierzu ausführlich *Rdnr. 806 ff.*).

761 Ferner wird teilweise die Erstattung von Wagnis und Gewinn unter Heranziehung der von Benno Mugdan herausgegebenen Zusammenfassungen der Plenarprotokolle des Reichstages zu den Beratungen über das BGB (sog. Materialien zum BGB)<sup>792</sup> begründet<sup>793</sup>. Hiernach wurde Folgendes festgehalten<sup>794</sup>:

---

<sup>787</sup> Urteil des OLG Jena vom 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510, 513; Urteil des OLG Köln vom 14.08.2003 – 12 U 114/02, NJW-RR 2004, 818, 819; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 17; Boldt, BauR 2006, 185, 197; Sprau, in: Palandt, § 642 Rdnr. 5; Voit, in: BeckOK BGB, § 642 Rdnr. 14.

<sup>788</sup> Kleine-Möller, NZBau 2000, 401, 404; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1811.

<sup>789</sup> Boldt, BauR 2006, 177, 196; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 6 VOB/B Rdnr. 72.

<sup>790</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 196; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 17.

<sup>791</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 196.

<sup>792</sup> Mugdan, Band I, Vorwort.

<sup>793</sup> Vygen/Joussen, Rdnr. 2099.

<sup>794</sup> Mugdan, Band II, S. 277.

Einer besonderen Regelung bedarf dagegen der Fall, wenn der Besteller bei dem Beginne oder während der Herstellung des Werkes nur subjektiv verhindert ist, bei der Ausführung des Werkes in der erforderlichen Weise, z.B. durch Lieferung des Stoffes, mitzuwirken und er in Folge dessen nach Maßgabe des § 255 in Annahmeverzug kommt. Für diesen Fall liefern die allgemeinen Grundsätze ein wenig befriedigendes Resultat, indem nach denselben der Uebernehmer dem Besteller gegenüber auf die Rechte des § 261 beschränkt sein würde. Hierin würde aber eine offenbare Unbilligkeit liegen, die sich mit dem bei der Regelung des Annahmeverzuges leitend gewesenen Prinzipie nicht verträgt. Die erforderliche Abhilfe kann andererseits nicht dadurch getroffen werden, daß die für den Dienstvertrag getroffenen Bestimmungen des § 561 für anwendbar erklärt werden; denn der Werkvertrag ist in den maßgebenden Beziehungen, namentlich wegen der Untheilbarkeit des Werkes, ganz anders geartet wie der Dienstvertrag. Die neueren Gesetze gewähren über die Behandlung des in Rede stehenden Falles keine sichere Auskunft, indem sie ihn nicht besonders hervorheben; doch wird die im sächs. GB. § 1252, im Hess. Entw. 239, im bayer. Entw. 524, 523 und im dresd. Entw. 646 sich findende Bestimmung, daß der Uebernehmer, wenn die Ausführung des Werkes durch einen in der Person des Bestellers eingetretenen Zufall verhindert wird, Anspruch auf einen den bereits geleisteten Arbeiten entsprechenden Theil des bedungenen Lohnes und Ersatz der nicht schon im Lohne begriffenen Auslagen und auf Vergütung des durch die Nichtausführung des Werkes entgangenen Gewinnes hat, auch auf den Fall zu beziehen sein, in welchem die Ausführung des Werkes deshalb un-

Abbildung 20: Auszug aus den gesammelten Materialien des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, Band II S. 277

In Reinschrift:

„Einer besonderen Regelung bedarf dagegen der Fall, wenn der Besteller bei dem Beginne oder während der Herstellung des Werkes nur subjektiv verhindert ist, bei der Ausführung des Werkes in der erforderlichen Weise, z.B. durch Lieferung des Stoffes, mitzuwirken und er in Folge dessen nach Maßgabe des § 255 in Annahmeverzug kommt. Für diesen Fall liefern die allgemeinen Grundsätze ein wenig befriedigendes Resultat, indem nach denselben der Uebernehmer dem Besteller gegenüber auf die Rechte des § 261 beschränkt sein würde. Hierin würde aber eine offene Unbilligkeit liegen, die sich mit dem bei der Regelung des Annahmeverzuges leitend gewesenen Prinzipie nicht verträgt. Die erforderliche Abhilfe kann andererseits nicht dadurch getroffen werden, daß die für den Dienstvertrag getroffenen Bestimmungen des § 561 für anwendbar erklärt werden; denn der Werkvertrag ist in den maßgebenden Beziehungen, namentlich wegen der Untheilbarkeit des Werkes, ganz anders geartet wie der Dienstvertrag. Die neuen Gesetze gewähren über die Behandlung des in Rede stehenden Falles keine sichere Auskunft, indem sie ihn nicht besonders hervorheben; doch wird die im sächs. GB. § 1252, im Hess. Entw. 239, im bayer. Entw. 524, 523 und im dresd. Entw. 646 sich findende Bestimmung, daß der Uebernehmer, wenn die Ausführung des Werkes durch einen in der Person des Bestellers eingetretenen Zufall verhindert wird, Anspruch auf einen den bereits geleisteten Arbeiten entsprechenden Theil des bedungenen Lohnes und Ersatz der nicht schon im Lohne begriffenen Auslagen und auf Vergütung des durch die Nichtausführung des Werkes entgangenen Gewinnes hat, auch auf den Fall zu beziehen sein, in welchem die Ausführung des Werkes deshalb un-

*terbleibt, weil der Besteller durch Zufall nur subjektiv verhindert ist, in der erforderlichen Weise bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken.“*

764 Diese Aufzeichnungen lassen jedoch nicht darauf schließen, dass die Entschädigung nach dem Willen des Gesetzgebers auch den Anteil von Wagnis und Gewinn enthalten soll. Zunächst beinhalten diese Materialien die Zusammenfassung von Protokollen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, die von einem unbeteiligten Dritten gefertigt und nachträglich nicht von den Sitzungsmitgliedern kontrolliert wurden und damit einzig die subjektive Bewertung des Protokollanten wiedergeben. Zudem wurde hierin einzig festgehalten, dass die Gründungsväter im Rahmen des Werkvertragsrechts einen Regelungsbedarf sahen, wenn der Auftraggeber eine für die Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterlässt, so dass die Regelungen über den Annahmeverzug nicht ausreichend seien. Erwähnt wurde zudem, dass die damals neueren Gesetze, wie das Sächsische Gesetzbuch sowie die Hessischen, Bayrischen und Dresdner Entwürfe, keine ausreichenden Regelungen zum Schutz des Auftragnehmers vorgesehen haben sollen. Daher seien die vorhandenen Regelungen analog auf den Fall der Verletzung einer Mitwirkungshandlung durch den Auftraggeber anzuwenden und dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung hinsichtlich der geleisteten Arbeiten und Ersatz der im Lohn nicht inbegriffenen Auslagen sowie entgangenen Gewinns für die nicht erbrachten Leistungen zu gewähren. **Diese Ausführungen geben nicht wieder, welchen Umfang der Entschädigungsanspruch des BGB wegen Annahmeverzuges aus Sicht des Gesetzgebers hat.** Sie betreffen schließlich den Fall, wonach der Auftragnehmer wegen der nicht erfolgten Mitwirkung das Vertragsverhältnis kündigt. Dem entsprechend regelt heute § 643 BGB, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung für die erbrachten Leistungen, zuzüglich der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen hat. Im Hinblick auf die nicht erbrachten Leistungen hat der Auftragnehmer (auch nach heutiger Rechtslage) einen Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns einzig unter Anwendung des Schadensersatzrechts der §§ 280 ff. BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 806 ff.*).

765 Des Weiteren wird vertreten, dass für eine Abgeltung von Wagnis und Gewinn eine Parallele zu § 649 BGB spreche. Hiernach liege beiden Normen der einheitliche Gedanke zu Grunde, dass der Auftragnehmer zwar keinen Anspruch auf Herstellung des Werkes, wohl allerdings einen Anspruch auf den durch das Bauvorhaben zu realisierenden Unternehmergewinn habe<sup>795</sup>. Da bei § 649 BGB dem Auftragnehmer der kalkulierte Gewinn abzüglich seiner ersparten Aufwendun-

---

<sup>795</sup> Kleine-Möller, NZBau 2000, 401, 404.

gen gewährt werde, sei dieser auch von der Entschädigung des § 642 BGB umfasst<sup>796</sup>. Dieser Ansicht kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. Denn eine Parallele zu § 649 BGB entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. § 649 BGB betrifft den Fall, dass der Auftraggeber ohne wichtigen Grund das Vertragsverhältnis kündigt, so dass der Auftragnehmer so gestellt wird, wie er stünde, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis nicht aufgelöst hätte und dem Auftragnehmer so- dann der vereinbarte Gewinn zugeflossen wäre<sup>797</sup>. Dabei ist die Kündigung des Vertragsverhält- nisses ohne wichtigen Grund eine Pflichtverletzung, da Verträge nach dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ grundsätzlich zu halten sind<sup>798</sup>. § 642 BGB hingegen gewährt dem Auftragneh- mer einen Entschädigungsanspruch wegen der Verletzung einer Mitwirkungshandlung, welche grundsätzlich eine Obliegenheit ist und nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflichtver- letzung darstellt (hierzu ausführlich *Rdnr. 710 ff., 812 ff.*) und auch keine Kündigungserklärung voraussetzt. Den Fall der Kündigung wegen unterlassener Mitwirkung regeln vielmehr die §§ 643, 645 BGB, wonach dem Auftragnehmer ein Gewinnanteil nur hinsichtlich der tatsächlich erbrachten Leistungen und nicht wie § 649 BGB auch hinsichtlich der nicht mehr zu erbringen- den Leistungen gewährt wird<sup>799</sup>. Zudem wird dem Auftragnehmer nach §§ 643, 645 BGB ein Gewinnanteil für die erbrachten Leistungen nur deshalb gewährt, weil diesem Anspruch eine reale Leistung gegenüber steht<sup>800</sup>. **Im Falle des § 642 BGB hingegen erbringt der Auftragnehmer gerade keine Leistung, weil er durch die fehlende Mitwirkung des Auftraggebers daran gehindert wird.** Daher wird ihm für die Bereitstellung seiner Arbeitskraft eine **Entschä- digung und keine Vergütung** gewährt. Die benannten Normen unterscheiden sich daher grund- legend in ihrem Anwendungsbereich, Sinn und Zweck sowie ihrer Struktur.

Mithin sprechen die besseren Argumente gegen eine Erstattung des Wagnis- und Gewinnanteils. 766  
Denn bei der Bewertung der Gesetzessystematik sind weniger die Maßstäbe benachbarter Nor- men des Werkvertragsrechts, sondern vielmehr die strukturellen Unterschiede der Normen her- anzuziehen. Dies betrifft unter anderem die Risikoordnung des Gesetzgebers. Das BGB ge- währt einem Vertragspartener Schadensersatz nach §§ 280 ff. BGB, sofern der andere eine ihm obliegende Vertragspflicht schuldhaft verletzt. Eine für die Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkungshandlung ist jedoch, wie zuvor erwähnt (hierzu ausführlich *Rdnr. 710*), grundsätz-

---

<sup>796</sup> Boldt, BauR 1a 2006, 185, 197.

<sup>797</sup> Urteil des BGH vom 21.12.1995 – VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282.

<sup>798</sup> Urteil des BAG vom 08.10.2004 – V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 821; Ellenberger, in: Palandt, Einf. vor § 145, Rdnr. 4 a.

<sup>799</sup> So auch teilweise eingeräumt durch Boldt, BauR 2006, 185, 197 f.

<sup>800</sup> Boldt, BauR 2006, 185, 198.

lich keine Vertragspflicht, sondern eine Obliegenheit des Auftraggebers, die unter Eintritt des Annahmeverzuges dem Auftragnehmer einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB gewährt. Der Auftraggeber wird hierdurch verpflichtet, dem Auftragnehmer einer Entschädigung dafür zu gewähren, dass er durch Umstände, die in seinem Einflussbereich liegen, auf die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers Einfluss nimmt und diesem hierdurch Mehrkosten entstehen können (sog. Gefährdungshaftung)<sup>801</sup>. Diese Entschädigung kann jedoch nicht denselben Umfang haben wie ein Schadensersatzanspruch, da dieser weit höheren Voraussetzungen, wie dem Vorliegen einer Vertragspflicht und das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung, unterliegt. Insbesondere Letzteres rechtfertigt, dem Auftragnehmer das volle Erfüllungsinteresse inkl. Wagnis- und Gewinnanteil zu ersetzen. Der deutlich geringeren Voraussetzungen unterliegende Erstattungsanspruch des § 642 BGB hingegen umfasst keinen Wagnis- und Gewinnanteil<sup>802</sup>.

### 3.2. *Anrechnung ersparter Aufwendungen und das ersatzweise Erlangte*

767 Nach § 642 Abs. 2 BGB sind anschließend die ersparten Aufwendungen und das durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft Erworbene abzuziehen. Hinsichtlich der Details wird auf die indentischen Ausführungen zu § 649 S. 2 BGB verwiesen (hierzu ausführlich *Rdnr. 358 ff.*).

### IV. *Beweislast- und Darlegungslast; richterliche Schätzung nach § 287 ZPO*

768 Der **Auftragnehmer trägt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs**<sup>803</sup>. Dabei ist stets eine bauablaufsbezogene Darstellung vorzunehmen, um die Kausalität zwischen der unterlassenen Mitwirkungshandlung, dem Eintritt des Annahmeverzugs, dessen Dauer und ggf. den Folgewirkungen schlüssig darzulegen (*Abschnitt 1*).

769 Demgegenüber führt eine unzureichende Darlegung bzw. streitige Auseinandersetzung der Parteien hinsichtlich der genauen Entschädigung nicht zur Unbegründetheit des Anspruchs, da das Gericht von der Möglichkeit einer Schätzung gemäß § 287 ZPO Gebrauch machen kann (*Abschnitt 2*).

---

<sup>801</sup> Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 6.

<sup>802</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336, 1338; Urteil des OLG Braunschweig vom 22.04.2004 – 8 U 227/02, BauR 2004, 1621, 1622; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdn. 17; Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK § 642 Rdnr. 6; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 42; Thode, ZfBR 2004, 214, 221; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdn. 14; Wirth/Würfele, in: Jahrbuch Baurecht 2006, 119, 136.

<sup>803</sup> Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 61.

Hinsichtlich des Abzug der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise (pflichtwidrig nicht) 770  
Erlangten, besitzt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast<sup>804</sup>, da sich ein entsprechen-  
der Abzug für ihn als günstig erweist. Da die einen Abzug begründenden Umstände jedoch in  
aller Regel in der Sphäre des Auftragnehmers liegen, obliegt dem Auftragnehmer auf Einwand  
des Auftraggebers die sog. Erstdarlegungslast, wonach er zunächst zu den ersparten Aufwendun-  
gen und einem anderweitigen Erwerb vortragen muss<sup>805</sup>. Soweit der Auftraggeber dies nicht ak-  
zeptieren möchte, hat er darzulegen und zu beweisen, dass höhere Einsparungen vorliegen<sup>806</sup>.

#### 1. *Erfordernis einer baustellenbezogenen Darstellung*

Nach überwiegender Ansicht ist zur Darlegung der unterlassenen Mitwirkung sowie dem Eintritt 771  
und Umfang des Annahmeverzuges eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung notwendig<sup>807</sup>.  
Dabei ist zwischen dem Bauablauf der ausführenden Bauunternehmen und dem Leistungsablauf  
des Architekten bzw. Ingenieurs zu differenzieren. Der Entschädigungsanspruch basiert darauf,  
dass der Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung (bspw. Durchführung der Bau-  
maßnahmen) verletzt und hierdurch in Annahmeverzug gerät, also die Bauüberwachung nicht  
fortgeführt werden kann. Dies läuft insofern parallel zu dem Bauablauf, als ein Stillstand übli-  
cherweise gleichzeitig zu einer Unterbrechung der Bauüberwachung führt. Dennoch ist entschei-  
dend, **ob sich Störungen des Bauablaufes im konkreten Fall auch auf die Leistungspflicht  
des Auftragnehmers ausgewirkt haben.**

Daher ist der tatsächliche Baufortschritt fortwährend zu dokumentieren, insbesondere wann und 772  
warum eine Bauablaufstörung eingetreten ist, welche Leistungen hierdurch behindert wurden  
und wann diese Leistungen letztlich begonnen und abgeschlossen werden konnten<sup>808</sup>. Der Auf-  
tragnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, jedes Detail darzulegen. Ausreichend ist, wenn sich aus  
der Darstellung des Auftragnehmers nachvollziehbar ergibt, dass und in welchem Umfang eine  
unterlassene Mitwirkung Auswirkungen auf den Leistungsablauf hatte<sup>809</sup>. Anschließend ist die-

---

<sup>804</sup> Heinle, BauR 1992, 428, 432; Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1076.

<sup>805</sup> Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1076; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 51; A. A. Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 26, wonach den Auftragnehmer die vollständige Darlegungs- und Beweislast trifft.

<sup>806</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 20; Engler, IBR 2013, 1221 Rdnr. 30; Pause/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 69; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 26; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 51; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 16.

<sup>807</sup> Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NJW 2002, 2716, 2717; Genschow/Stelter, S. 49 ff.; Pioch, IBR 2015, 1037; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 574.

<sup>808</sup> Pioch, IBR 2015, 1037.

<sup>809</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, NZBau 2005, 387 zu § 6 Abs. 6 VOB/B.

ser Fortschritt der Bauarbeiten dem Bauzeitenplan gegenüberzustellen (sog. **Soll-Ist-Vergleich**)<sup>810</sup>.

773 Zusätzlich ist der Auftragnehmer verpflichtet, auch diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die gegen eine Behinderung in der Leistungserbringung sprechen<sup>811</sup>. Sofern mehrere Bauunternehmen tätig sind, muss der Auftragnehmer nachweisen, dass die Bauausführung gänzlich unterbrochen war und er nicht an anderer Stelle hätte die Bauausführung überwachen können. Zudem muss er darlegen, dass er durch die Bauunterbrechung auch keine anderen ihm – neben der Bauüberwachung obliegenden – Leistungspflichten, bspw. Terminfortschreibung, Dokumentation, Rechnungsprüfung, möglich waren.

774 Teilweise wird vertreten, dass eine bauablaufbezogene Darstellung nur erforderlich sei, wenn der weiten Ansicht gefolgt werde, wonach für den Umfang des Entschädigungsanspruchs auch die kausalen Auswirkungen des Annahmeverzuges berücksichtigt werden (hierzu ausführlich *Rdnr. 734 ff.*). Daher sei eine bauablaufbezogene Darstellung nicht notwendig, wenn der Entschädigungsanspruch ausschließlich den konkreten Zeitraum des Annahmeverzuges erfasse (hierzu ausführlich *Rdnr. 732 ff.*)<sup>812</sup>. Werde daher der engeren Ansicht gefolgt, solle ausreichen, wenn der Auftragnehmer nachweise, welche Arbeiten zu welchem Honorar während des Annahmeverzuges hätten ausgeführt werden sollen und welche Aufwendungen erspart wurden<sup>813</sup>.

775 Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden, da auch die enge Ansicht eine bauablaufbezogene Darstellung benötigt, um nachzuweisen, weshalb die unterlassene Mitwirkungshandlung zum Annahmeverzug geführt hat und welche Dauer dieser betrug<sup>814</sup>. Denn der Auftragnehmer muss auch diesen Kausalzusammenhang darlegen, der ihm lediglich mit einer bauablaufbezogenen Darstellung gelingen wird, die sämtliche Stör- und Ersatzfaktoren enthält.

## 2. *Schätzung nach § 287 ZPO*

776 Bei einer Schätzung der Entschädigung nach § 287 ZPO ist zu differenzieren: Soweit die Anspruchsvoraussetzungen des § 642 BGB nicht vorliegen, kann eine Schätzung nicht erfolgen, da einer **Schadensschätzung nach § 287 ZPO nur die Höhe eines Schadens** zugänglich ist und

---

<sup>810</sup> Pioch, IBR 2015, 1037.

<sup>811</sup> Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NJW 2002, 2716, 2717.

<sup>812</sup> Roskosny/Bolz, BauR 1006, 1804, 1812.

<sup>813</sup> Roskosny/Bolz, BauR 1006, 1804, 1812.

<sup>814</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, ZfBR 2005, 450, 451; Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NJW 2002, 2716, 2717; Urteil des BGH vom 20.02.1986 – VII ZR 286, 84, NJW 1986, 1684; Urteil des OLG Köln vom 28.01.2014 – 24 U 199/12, NJW 2014, 3039, 3040; Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12, Abschnitt B II 2.; Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 – 17 U 56/00, NZBau 2004, 439, 440; Althaus/Heindl, Teil 4 Rdnr. 262.



nicht das Bestehen eines Schadens bzw. einer Entschädigung als solches<sup>815</sup>. Die Folgen einer unterlassenen Mitwirkungshandlung sind daher einer richterlichen Schätzung nur zugänglich, soweit sie den hierdurch erlittenen Schaden betreffen<sup>816</sup>.

Der Auftragnehmer muss daher zunächst die Umstände im Zusammenhang mit dem Eintritt des Annahmeverzugs, dessen Dauer und ggf. den Folgewirkungen schlüssig darlegen<sup>817</sup>. Anschließend kann das Gericht nach § 287 ZPO die Höhe eines Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung schätzen. Dies umfasst insbesondere die Frage, inwieweit ein Verhalten des Auftragnehmers einerseits und dasjenige des Auftraggebers andererseits einen auf eine Bauzeitverzögerung zurückzuführenden Schaden verursacht haben<sup>818</sup>. 777

Die Möglichkeit der Schadensschätzung führt auch dazu, dass dem Auftragnehmer frei steht, die Entschädigung „von unten nach oben“ oder „von oben nach unten“ zu berechnen. Denn das Gericht kann im Falle einer anderen Sichtweise entsprechende Abschläge vornehmen. Dem Auftragnehmer ist daher zu raten, die Entschädigung mittels einer Berechnung „von oben nach unten“ vorzunehmen, da diese den Wagnis- und Gewinnanteil enthält. 778

#### *Anforderungen an die Dokumentation*

- Nicht vorgenommene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers<sup>819</sup>,
- Annahmeverzug des Auftraggebers und dessen Dauer<sup>820</sup>,
- Bauablaufbezogene Darstellung: Differenz bei Vergleich zwischen einem ungestörten und dem verzögerten Bauablauf<sup>821</sup>
  - Darstellung der objektiven Sachlage zum Grund der Behinderung unter Vorlage der Dokumentation, wie bspw. Fotos, Schriftverkehr, Protokolle<sup>822</sup>.
  - Nachweis über die konkrete Dauer der Bauablaufstörung<sup>823</sup>.

<sup>815</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 697.

<sup>816</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338.

<sup>817</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, NJW 2005, 1653; 1654; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 573.

<sup>818</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338; Urteil des BGH vom 14.01.1993 – VII ZR 185/91, NJW 1993, 2674.

<sup>819</sup> Meurer, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 859.

<sup>820</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 a); Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 – 17 U 56/00, NZBau 2004, 439.

<sup>821</sup> Urteil des KG Berlin vom 28.05.2013 – 7 U 12/12 Abschnitt B. II Nr. 2 a); Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 – 17 U 56/00, NZBau 2004, 439; Meurer, in: Morlock/Meurer, Rdnr. 859.

<sup>822</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, ZfBR 2005, 450; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil B Rdnr. 12.

- Kausalkette: Einfluss der Behinderung auf den Bauablauf, das heißt wie sich die unterlassene Mitwirkung konkret auf den Bauablauf ausgewirkt hat. Hierzu muss der tatsächliche Zusammenhang zwischen der Bauablaufstörung und der hieraus resultierenden Behinderung schlüssig dargelegt werden (Vergleich von Ist- und Sollablauf)<sup>824</sup>.
- Inwieweit die konkrete Behinderung oder verschiedene Behinderungen Einfluss auf eine festgestellte Verlängerung der Gesamtbauzeit genommen haben<sup>825</sup>.
- Grundlagen für die Entschädigung<sup>826</sup>
  - bei der Berechnung von „unten nach oben“ und für Folgewirkungen: Höhe der vereinbarten Vergütung<sup>827</sup>
  - bei der Berechnung von „oben nach unten“: Auf den Zeitraum des Annahmeverzugs entfallene hypothetische Vergütung

#### B. Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 304 BGB

780

Unterlässt der Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung kann der Auftragnehmer – neben dem Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB – zusätzlich einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 304 BGB haben<sup>828</sup>. Hiermit kann der Auftragnehmer bei Annahmeverzug des Auftraggebers die Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Leistungsangebot (bspw. Kosten für die wiederholte Anfahrt zur Baustelle<sup>829</sup>), ersetzt verlangen. Ersatzfähig sind dabei die tatsächlichen Kosten und keine kalkulatorisch abgeleiteten Aufwendungen<sup>830</sup>.

<sup>823</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338; Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, ZfBR 2005, 450.

<sup>824</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, ZfBR 2005, 450; Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338.

<sup>825</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338.

<sup>826</sup> Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 61.

<sup>827</sup> Busche, in: Münchener Kommentar, § 642 Rdnr. 20; ; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 51; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 16.

<sup>828</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NZBau 2000, 187, 188; ; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 5, 19; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 30; Schwenker, in: Erman, § 642 Rdnr. 1; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 56; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 18; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 713.

<sup>829</sup> Hager, in: Erman, § 304 Rdnr. 2; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 713.

<sup>830</sup> Pausel/Vogel, in: Kniffka, IBR-OK, § 642 Rdnr. 50.

Nicht von § 304 BGB erfasst sind hingegen die Vorhaltekosten für Personal, Gerät und Material, 781  
die auf dem Annahmeverzug des Auftraggebers beruhen<sup>831</sup>. Diese Kosten sind daher nur unter  
den besonderen Voraussetzungen des § 642 BGB entschädigungsfähig.

C. Kündigungsrecht des Auftragnehmers bei Verletzung einer Mitwirkungshandlung nach  
§ 643 BGB

§ 643 BGB knüpft an § 642 BGB und gewährt dem Auftragnehmer die Möglichkeit, sich bei 782  
einer unterlassenen Mitwirkungshandlung des Auftraggebers, die zur Erbringung der Werkleis-  
tung erforderlich ist, durch Erklärung der Kündigung vom Vertrag zu lösen, um das Vertragsver-  
hältnis für die Zukunft aufzulösen (*Abschnitt III*).

Voraussetzung hierfür ist, dass neben dem Vorliegen der Voraussetzung des § 642 BGB (*Ab-  
schnitt I.1*) der Auftragnehmer dem Auftraggeber unter Androhung der Kündigung (*Abschnitt*  
*I.4*) eine angemessene Frist zur Erbringung der Mitwirkungshandlung gesetzt hat (*Abschnitt I.3*),  
die erfolglos abgelaufen ist. Eine besondere Schwere der verletzten Mitwirkungshandlung (*Ab-  
schnitt I.2*) sowie eine gesonderte Kündigungserklärung nach Ablauf der gesetzten Frist (*Ab-  
schnitt II*) sind hingegen nicht notwendig.

I. *Voraussetzungen des Kündigungsrechtes*

1. *Voraussetzungen des § 642 Abs. 1 BGB*

Damit sich der Auftragnehmer vom Vertrag lösen kann, müssen zunächst die Voraussetzungen 783  
des § 642 BGB erfüllt sein. Dies betrifft sämtliche, den Anspruch nach § 642 BGB begründende  
Tatsachen, wie das Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung, durch die der Auf-  
traggeber in Annahmeverzug gerät, wobei weder eine vorübergehende Annahmeverhinderung  
des Auftraggebers, noch eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung des Auftragnehmers, vor-  
liegen dürfen (hierzu ausführlich *Rdnr. 708 ff.*).

2. *Schwere der Mitwirkungsverweigerung*

Teilweise wird vertreten, dass § 643 BGB neben den Voraussetzungen des § 642 BGB eine be- 784  
sondere Schwere der Mitwirkungsverweigerung verlange<sup>832</sup>, wenn:

- durch das Verhalten des Auftraggebers die Erbringung der Werkleistung insgesamt oder 785  
teilweise unmöglich werde<sup>833</sup>,

---

<sup>831</sup> Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 713.

<sup>832</sup> Urteil des OLG Celle vom 08.02.2001 – 22 U 266/99, BauR 2001, 1597, 1598; Peters/Jacoby, in: Staudinger,  
§ 643 Rdnr. 7.

- das Werk angesichts des Verhaltens des Auftraggebers nur mangelhaft ausgeführt werden könne<sup>834</sup> oder
- eine Herstellung wegen der unterlassenen Mitwirkung für den Auftragnehmer mit ins Gewicht fallenden Erschwernissen verbunden sei<sup>835</sup>.

786 Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da sie **gegen den Wortlaut der Norm verstößt und auch nicht von dessen Sinn und Zweck gedeckt** ist. Denn der Tatbestand des § 643 BGB sieht diese zusätzliche Voraussetzung nicht vor. Der Gesetzgeber verlangt für eine Vertragskündigung wegen unterlassener Mitwirkung neben den Voraussetzungen des § 642 BGB einzig den Ablauf einer angemessen unter Kündigungsandrohung gesetzten Frist. Weitere Erfordernisse hat er nicht geregelt. Auch der Sinn und Zweck der Norm gebietet eine derartig einschränkende Auslegung nicht, da der Auftraggeber aufgrund des Fristsetzungserfordernisses hinreichend Gelegenheit hat, die für ihn negativen Folgen der Vertragskündigung abzuwenden<sup>836</sup>, wobei nach Fristablauf das Interesse des Auftragnehmers an der Vertragsauflösung überwiegt.

787 Sofern dies im Einzelfall unbillig ist, kann der Auftraggeber einen etwaigen Rechtsmissbrauch gemäß § 242 BGB nach den Grundsätzen von Treu und Glauben rügen<sup>837</sup>.

### 3. *Ablauf einer angemessen gesetzten Frist unter Kündigungsandrohung*

788 Weitere Voraussetzung des Kündigungsrechts nach § 643 BGB ist die Aufforderung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber zur Nachholung der Mitwirkungshandlung unter Setzung einer angemessenen Frist nebst Androhung der Kündigung nach erfolglosem Fristablauf.

789 Die Frist ist **angemessen**, wenn sie zur Erbringung der Mitwirkungshandlung oder Beseitigung der Behinderung ausreichend bemessen ist<sup>838</sup>. Hierbei sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere kann es darauf ankommen, wie exakt die zeitlichen Planungen der Beteiligten waren und inwieweit eine weitere Verzögerung dem Auftragnehmer zumutbar ist<sup>839</sup>.

---

<sup>833</sup> Urteil des OLG Celle vom 08.02.2001 – 22 U 266/99, BauR 2001, 1597, 1598; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 7.

<sup>834</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 7.

<sup>835</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 7.

<sup>836</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 643 Rdnr. 6.

<sup>837</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB § 643 Rdnr. 6; Stickler, in: Messerschmidt/Voit § 643 Rdnr. 14; im Ergebnis Teichmann, in: Soergel, § 643 Rdnr. 3; Voit, in: Bamberger/Roth, § 643 Rdnr. 2.

<sup>838</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 11; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 6.

<sup>839</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 11.

Setzt der Auftragnehmer eine zu kurz bemessene Frist, tritt an dessen Stelle eine angemessene Frist<sup>840</sup>, so dass die Fristsetzung nicht nachgeholt werden muss. Die Wirkungen der Kündigung treten in der Folge zu einem späteren Zeitpunkt ein. 790

#### 4. *Erklärung der Vertragskündigung nach Fristablauf*

Neben der Setzung einer angemessenen Frist, muss der Auftragnehmer nach § 643 BGB gegenüber dem Auftraggeber **unzweifelhaft erklären, dass er nach Ablauf der Frist den Vertrag nicht fortsetzen will, sollte die Mitwirkungshandlung nicht bis zum Fristablauf vorgenommen werden**<sup>841</sup>. Hingegen begründet die Ankündigung, dass sich der Auftragnehmer die Kündigung vorbehalte oder nach Fristablauf über das weitere Vorgehen entscheide, lediglich Zweifel und genügt daher nicht<sup>842</sup>. Das Gleiche gilt für den bloßen Hinweis auf die „gesetzlichen Folgen“<sup>843</sup>. 791

Zudem muss der Auftragnehmer **die unterbliebene Mitwirkungshandlung konkret bezeichnen**, damit für den Auftraggeber das erwartete Verhalten verständlich ist, was vor allem in jenen Fällen von Bedeutung ist, in denen dem Auftraggeber der Inhalt seiner Obliegenheiten nicht von selbst deutlich zu sein braucht<sup>844</sup>. 792

#### II. *Kein Erfordernis einer gesonderten Kündigungserklärung*

Rechtsdogmatisch handelt es sich bei der Erklärung der Kündigung nach Fristablauf um eine Gestaltungserklärung unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist nachgeholt wird<sup>845</sup>. Hierdurch ist der Vertrag nach § 643 Satz 2 BGB bereits von Gesetzes wegen (ipso iure) aufgehoben, wenn die Nachholung der Handlung nicht bis zum 793

---

<sup>840</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 643 Rdnr. 4; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 11; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 6; Teichmann, in: Soergel, § 643 Rdnr. 4; Voit, in: Bamberger/Roth, § 643 Rdnr. 3.

<sup>841</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 12; Sprau, in: Palandt, § 643 Rdnr. 2; Voit, in: Bamberger/Roth, Rdnr. 4.

<sup>842</sup> Urteil des OLG Naumburg vom 21.09.2001 – 6 U 87/00, BauR 2003, 896; Busche, in: Münchener Kommentar, § 643 Rdnr. 5; Sprau, in: Palandt, § 643 Rdnr. 2; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 8; Voit, in: Bamberger/Roth, § 643 Rdnr. 4.

<sup>843</sup> Urteil des OLG Bamberg vom 29.07.2009 – 8 U 98/09, BauR 2010, 93, 94; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 8.

<sup>844</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 3; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 10; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 5.

<sup>845</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 643 Rdnr. 3; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 15; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 8; Voit, in: Bamberger/Roth, Rdnr. 4; Sprau, in: Palandt, § 643 Rdnr. 2.

Ablauf der Frist erfolgt. Eine zusätzliche Kündigungserklärung des Auftragnehmers ist daher nicht erforderlich<sup>846</sup>.

### *III. Rechtsfolgen*

794 Das Vertragsverhältnis wird mit Wirksamwerden der Kündigungserklärung für die Zukunft (ex nunc) beendet<sup>847</sup>. Da das Vertragshältnis bis zur Kündigung aufrechterhalten bleibt, kann der Auftragnehmer weiterhin einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB geltend machen<sup>848</sup>. Daneben können dem Auftragnehmer die folgenden Ansprüche zustehen.

#### *D. Ansprüche aus Kündigung des Vertrags wegen Unterlassen von Mitwirkungshandlungen*

795 Hat der Auftragnehmer den Vertrag wegen Unterlassen einer Mitwirkungshandlung des Auftraggebers nach § 643 BGB wirksam gekündigt, hat der Auftragnehmer nach §§ 645 Abs. 1 Satz 2, 643 BGB einen Anspruch auf ein Teilhonorar für die geleistete Arbeit und Ersatz der im Honorar nicht inbegriffenen Auslagen (*Abschnitt I*). Streitig ist, ob der Auftragnehmer unter Heranziehung von § 649 BGB, § 649 BGB analog oder § 326 Abs. 2 BGB Anspruch auf das volle Honorar abzüglich der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs hat, was im Ergebnis abzulehnen ist (*Abschnitt II*).

#### *I. Anspruch auf Teilhonorar und Auslagenersatz bei Kündigung des Auftragnehmers nach §§ 645 Abs. 1 Satz 2, 643 BGB*

796 Hat sich der Auftragnehmer nach § 643 BGB vom Vertrag gelöst, kann er in Verbindung mit § 645 Abs. 1 BGB das Honorar für seine erbrachten Leistungen und Ersatz der im Honorar nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

797 Die Berechnung des **Honorars für die erbrachten Leistungen** nach §§ 645 Abs. 1 Satz 2, 643 BGB ist identisch mit der Berechnung des Honorars für die erbrachten Leistungen bei Leistungsänderungen, wobei im Falle der Vertragskündigung die vom Auftragnehmer bis zum Kündigungszeitpunkt erbrachten Leistungen zu ermitteln sind (hierzu ausführlich *Rdnr. 178 ff.*).

---

<sup>846</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 643 Rdnr. 7; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 14; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 7.

<sup>847</sup> Urteil des BGH vom 21.12.2000 – VII ZR 488/99, NJW-RR 2001, 383; Urteil des BGH vom 21.02.1979 – VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288, 1289; Hohloch, in: Erman, § 313 Rdnr. 17; Lorenz, in: BeckOK BGB, § 314 Rdnr. 23; Unberath, in: Bamberger/Roth, § 314 Rdnr. 23.

<sup>848</sup> Urteil des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336, 1338; Glanzmann, in: RGRK, § 642 Rdnr. 11; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 27; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 14.

Anders als der Entschädigungsanspruch des § 642 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 758 ff.*), ist das gesamte für die erbrachten Leistungen vereinbarte Honorar heranzuziehen. Eine Kürzung um den Wagnis- und Gewinnanteil erfolgt nicht, da der Auftragnehmer diesen für die erbrachten Leistungen „verdient“ hat. Dem gegenüber betrifft die Entschädigung nach § 642 BGB einzig die Bereithaltung der Leistung des Auftragnehmers, bis der Auftraggeber die erforderliche Mitwirkungshandlung nachholt. 798

Daneben sind dem Auftragnehmer **die im Honorar nicht enthaltenen Auslagen** zu erstatten. Dies betrifft überwiegend vom Auftragnehmer erworbene Materialien, die nicht anderweitig verwendet werden können sowie die Befreiung von Verbindlichkeiten, die dieser zur Materialbeschaffung bei Dritten eingegangen ist<sup>849</sup>. Dies wird jedoch bei Architekten und Ingenieuren selten der Fall sein, da diese überwiegend geistige Leistungen erbringen. Dieser Anspruch ist daher vielmehr auf den klassischen Werkunternehmer zugeschnitten. Bei Architekten und Ingenieuren können hingegen Schadensermittlungskosten anfallen, die auch als Auslagen zu erstatten sind<sup>850</sup>.

## *II. Anspruch auf volles Honorar bei Kündigung des Auftragnehmers wegen Unterlassen von Mitwirkungshandlungen vom Auftraggeber*

Teilweise wird vertreten, dass dem Auftragnehmer unter Anwendung des § 649 BGB, § 649 BGB analog oder § 326 Abs. 2 BGB das volle Honorar abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise (pflichtwidrig nicht) Erlangen zustehen soll. 799

### *1. Anspruch auf volles Honorar nach § 649 BGB*

Nach einer Ansicht soll in einer beharrlichen Verweigerung der Vornahme von Mitwirkungsobliegenheiten eine konkludente Kündigung des Auftraggebers nach § 649 Satz 1 BGB zu sehen sein, so dass dem Auftragnehmer nach § 649 Satz 2 BGB der volle Honoraranspruch abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise Erlangen zustehe<sup>851</sup>. 800

Dem kann nicht gefolgt werden, da eine Kündigungserklärung gemäß § 649 BGB nur dann vorliegt, wenn sich aus ihr zweifelsfrei ergibt, dass der Auftraggeber eine endgültige Aufhebung des Vertragsverhältnisses herbeiführen will<sup>852</sup>. Denn hierbei handelt es sich um eine einseitige emp- 801

---

<sup>849</sup> Urteil des BGH vom 30.11.1972 – VII ZR 239/71, BGHZ 60, 14, 22; Voit, in: Beck'scher OK BGB, § 645 Rdnr. 28.

<sup>850</sup> Urteil des BGH vom 16.10.1997 – VII ZR 64/96, NJW 1998, 456, 457 f.; Voit, in: Beck'scher OK-Kommentar BGB, § 645 Rdnr. 28.

<sup>851</sup> Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 643 Rdnr. 23; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 8.

<sup>852</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 9; Peters/Jacoby, in: Staudinger § 649 Rdnr. 17; Schwenker, in: Erman, § 642 Rdnr. 2 f.; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 5.

fangsbedürftige Gestaltungserklärung, durch die das Vertragsverhältnis vom Zeitpunkt der Kündigung an (ex nunc) unwiderruflich aufgelöst wird<sup>853</sup> und daher keine Zweifel offen bleiben dürfen. Das heißt, der Auftraggeber kann noch so beharrlich seine erforderliche Mitwirkung verweigern, solange er nicht durch sein Verhalten zweifelsohne zum Ausdruck bringt, dass er – neben der Verweigerung der Mitwirkung, die auch aus vielen anderen Gründen erfolgen kann – gleichsam die endgültige Auflösung des Vertragsverhältnisses begehrt. Die beharrliche Verweigerung einer erforderlichen Mitwirkungshandlung alleine beinhaltet jedoch keine zusätzliche Erklärung, ob der Auftraggeber an der Fortführung des Vertragsverhältnisses festhalten möchte oder nicht.

## 2. *Anspruch auf volles Honorar analog § 649 Satz 2 BGB*

802 Ebenfalls wird vertreten, dass dem Auftragnehmer ein voller Honoraranspruch analog § 649 Satz 2 BGB zu gewähren sei, wenn der Auftraggeber durch eine nachhaltige Verweigerung der Mitwirkung den Auftragnehmer in die Kündigung treibe<sup>854</sup>, die Mitwirkung schuldhaft verweigere<sup>855</sup> oder er unverschuldet die Mitwirkung unterlasse<sup>856</sup>. Hiernach dürfe nicht zu Lasten des Auftragnehmers gehen, wenn die Vertragsdurchführung aus Gründen unterbleibe, die in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers fallen<sup>857</sup>. Das Verhalten des Auftraggebers stünde daher wertungsmäßig einer durch ihn ausgesprochenen Kündigung des Vertrags gleich<sup>858</sup>. Auch sei mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB unvereinbar, wenn der Auftraggeber daraus Vorteile ziehe, dass er nicht selbst den Vertrag beende, sondern letztlich den Auftragnehmer zur Kündigung zwingt<sup>859</sup>. Denn hätte der Auftraggeber selbst gekündigt, stünde dem Auftragnehmer zweifelsohne das gesamte Honorar, abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise (pflichtwidrig nicht) Erlangen, zu.

803 Jedoch liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 649 Satz 2 BGB nicht vor. Denn eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage ist nicht gegeben. Hat der Auftragnehmer wegen unterlassener Mitwirkung des Auftraggebers nach § 643 BGB gekündigt, bestimmen die §§ 645 Abs. 1 Satz 2, 643 BGB, dass der Auftragnehmer ausschließlich das Honorar für die erbrachten Leistungen, sowie die hierin nicht inbegriffenen Auslagen erhält. Das

---

<sup>853</sup> Urteil des OLG Saarbrücken vom 02.11.1999 – 4 U 937/98-214, IBR 2000, 531; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 5.

<sup>854</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 18; Beuthien, in: Studienkommentar BGB, § 643 Rdnr. 2

<sup>855</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 18; Beuthien, in: Studienkommentar BGB, § 643 Rdnr. 2

<sup>856</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 18.

<sup>857</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 18.

<sup>858</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 643 Rdnr. 18.

<sup>859</sup> Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 8.



Honorar für die nicht erbrachten Leistungen, abzüglich der ersparten Aufwendungen und des ersatzweise (pflichtwidrig nicht) Erlangten, erhält der Auftragnehmer hingegen nur, wenn der Auftraggeber den Werkvertrag nach § 649 BGB freiwillig kündigt.

Auch bestimmt § 645 Abs. 2 BGB dass eine weitergehende Haftung wegen Verschuldens unberührt bleibt. Das Gesetz nimmt daher eine Risikoverteilung in der Weise vor, dass der Auftraggeber für das gesamte Erfüllungsinteresse des Auftragnehmers nur dann eintreten muss, wenn er das Unterlassen der für die Erbringung der Werkleistung notwendigen Mitwirkungshandlung zu vertreten hat<sup>860</sup>. Ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Zahlung der vollen Vergütung analog § 649 Satz 2 BGB würde dieser Regelungssystematik widersprechen<sup>861</sup>. Die speziellen Normen der §§ 642 ff. BGB regeln daher den Sachverhalt der unterlassenen Mitwirkungshandlung des Auftraggebers abschließend, so dass eine planwidrige Regelungslücke nicht vorliegt<sup>862</sup>. 804

### 3. *Anspruch auf volles Honorar nach § 326 Abs. 2 BGB*

Ferner wird teilweise § 326 Abs. 2 BGB angewendet, um dem Auftragnehmer einen Anspruch auf das volle Honorar, abzüglich der ersparten Aufwendungen und des anderweitig (pflichtwidrig nicht) Erlangten, zu gewähren. Dies setzt jedoch voraus, dass durch grundlose Verweigerung einer erforderlichen Mitwirkungshandlung durch den Auftraggeber die Leistung des Auftragnehmers gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist<sup>863</sup>, was überwiegend nicht der Fall sein wird. Eine **Unmöglichkeit der Leistung** liegt jedoch nur dann vor, wenn die geschuldete Leistung – auch bei Nachholung der Mitwirkungshandlung des Auftraggebers – schlechthin von Niemanden erbracht werden kann<sup>864</sup>. Ausreichend ist hierfür nicht, wenn die Leistungserbringung lediglich erschwert wird<sup>865</sup>, bspw. weil eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Auftraggebers fehlt. Die Leistungserbringung muss vielmehr faktisch nicht mehr zu erbringen sein, wofür der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast trägt. 805

---

<sup>860</sup> Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 155.

<sup>861</sup> Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 155.

<sup>862</sup> Urteil des BGH vom 16.12.2004 – VII ZR 16/03, NZBau 2005, 285, 286; Urteil des BGH vom 13.05.2004 – VII ZR 363/02, NZBau 2004, 432, 433; Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 155; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 19; a. A. Döring, in: Ingenstau/Korbion, § 6 Abs. 7 Rdnr. 8; Kapellmann/Messerschmidt, § 6 VOB/B Rdnr. 107.

<sup>863</sup> Urteil des BGH vom 22.09.2004 – VIII ZR 203/03, NJW-RR 2005, 357, 360; Versäumnisurteil des BGH vom 24.07.2003 – VII ZR 218/02, NZBau 2003, 665, 666; Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 156; Peters/Jacoby in: Staudinger, § 642 Rdnr. 21a.

<sup>864</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, § 275 Rdnr. 35.

<sup>865</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, § 275 Rdnr. 77 Fn. 168.

*E.                    Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten*

806 Dem Auftragnehmer können auch Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten zustehen, wenn diese als Haupt- oder Nebenleistungspflicht vereinbart wurden<sup>866</sup> (*Abschnitt I*) oder durch Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkung der Vertragszweck ernsthaft gefährdet wird (*Abschnitt II*).

807 Im Rahmen eines Schadensersatzanspruches können dem Auftragnehmer weitergehende als die nach §§ 642 ff. BGB gewährten Ansprüche, insbesondere die Erstattung eines entgangenen Gewinns aus Drittprojekten, zustehen. § 645 Abs. 2 BGB stellt klar, dass eine weitere Haftung des Auftraggebers wegen Verschuldens unberührt bleibt.

*I.                    Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht*

808 Haben die Vertragsparteien eine Mitwirkungshandlung des Auftraggebers als Haupt- oder Nebenleistungspflicht (sog. **Mitwirkungspflicht**) vereinbart (*Abschnitt I*), dessen Verletzung der Auftraggeber zu vertreten hat (*Abschnitt 2*), kann der Auftragnehmer unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB einen **Schadensersatzanspruch neben der Leistung** geltend machen (*Abschnitt 3*). Dies ist bspw. der Fall, wenn der Auftraggeber sich vertraglich zur Bereitstellung eines Bodengutachtens verpflichtet hat und dieses fehlerhaft erstellt wird, so dass dem Auftragnehmer Mehraufwendungen entstehen.

809 Erbringt der Auftraggeber eine Mitwirkungspflicht gänzlich nicht, kann er nach Eintritt des Verzugs unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB einen **Schadensersatzanspruch neben der Leistung** geltend machen (*Abschnitt 4*), bspw. wenn der Auftraggeber Bauunternehmen nicht rechtzeitig beauftragt hat. Diese Schadensersatzansprüche werden **neben der Leistung** gewährt, so dass dem Auftragnehmer weiterhin der Anspruch auf die Leistung (das Honorar) verbleibt. Abgedeckt werden hiervon das positive Interesse des Auftragnehmers, so dass er wertmäßig so gestellt wird, als ob die Leistungspflicht erfüllt, das heißt die Mitwirkungspflicht ordnungsgemäß vorgenommen worden wäre. Erstattet werden hierdurch unter anderem erhöhte Personalkosten und ein entgangener Gewinn.

810 Unter der Voraussetzung einer angemessenen Fristsetzung zur Erbringung der Mitwirkungspflicht nach §§ 280 Abs. 3, 281 BGB kann der Auftragnehmer einen **Schadensersatzanspruch**

---

<sup>866</sup> Dem Auftragnehmer können wegen der Verletzung von anderen Vertragspflichten auch Schadensersatzansprüche nach den Schadensersatzrecht der §§ 280 ff. BGB zustehen. Zur Begrenzung des Umfangs wird in dieser Arbeit nur auf naheliegende Ansprüche im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen Bezug genommen.

**statt der Leistung** geltend machen (*Abschnitt 5*). Hierdurch verzichtet er auf die weitere Leistungserbringung, so dass die jeweiligen Erfüllungsansprüche der Vertragsparteien, d. h. des Auftraggebers auf Fertigstellung der Werkleistung und des Auftragnehmers auf Zahlung des vereinbarten Honorar ausgeschlossen ist (§ 281 Abs. 4 BGB). Mittels des Schadensersatzes erhält der Auftragnehmer sein Erfüllungsinteresse erstattet, wodurch er finanziell so gestellt wird, wie er stünde, wenn der Auftraggeber seiner Mitwirkungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen wäre. Ersetzt wird daher das Honorar, abzüglich der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs, sowie die zusätzlichen wegen der Verletzung der Mitwirkungspflicht entstandenen Kosten, wie bspw. Bereitstellungskosten.

1. *Vereinbarung einer Mitwirkungshandlung als Haupt- oder Nebenleistungspflicht*

Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches (neben oder statt der Leistung) ist zunächst, dass die Vertragsparteien eine Mitwirkungshandlung des Auftraggebers als Haupt- oder Nebenleistungspflicht vereinbart haben. 811

**Hauptleistungspflichten** prägen die Eigenart des jeweiligen Schuldverhältnisses und sind für die Einordnung in die verschiedenen Typen der Schuldverhältnisse maßgebend<sup>867</sup>. Beim Werkvertrag ist dies aus Sicht des Auftragnehmers die Zahlung des Honorars durch den Auftraggeber nach § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Daneben können Mitwirkungshandlungen als **Nebenleistungspflichten** vereinbart sein, die zwar nicht für die Einordnung in die verschiedenen Typen der Schuldverhältnisse maßgebend sind, jedoch für die Parteien ein solches Gewicht haben, dass sie selbstständig einklagbar sind<sup>868</sup>. Soweit die Vertragsparteien die Erbringung einer Mitwirkungshandlung durch den Auftraggeber nicht ausdrücklich als Leistungspflicht vereinbaren, ist zu ermitteln, ob sich eine Leistungsverpflichtung im Wege der Auslegung oder aus ergänzender Vertragsauslegung ergibt<sup>869</sup>. Dies orientiert sich daran, welche Bedeutung die Mitwirkungshandlung für die Erreichung des Vertragszwecks hat<sup>870</sup>. Eine Nebenleistungspflicht ist dabei anzunehmen, wenn der Auftragnehmer ein gesteigertes Interesse an der Herstellung des Werkes hat<sup>871</sup>. Jedoch muss durch den Auftragnehmer klar zum Ausdruck kommen, dass die Erfüllung der Mitwirkungshandlung des Auftraggebers unter allen Umständen geschuldet ist<sup>872</sup>. Dies wird in den sel- 812

---

<sup>867</sup> Sutschet, in: BeckOK BGB, § 241 Rdnr. 13.

<sup>868</sup> Urteil des BGH 30.09.1971 – VII ZR 20/70, NJW 72, 99, 100.

<sup>869</sup> Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 6.

<sup>870</sup> Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 154.

<sup>871</sup> Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 6.

<sup>872</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 20; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 7.

tensten Fällen vorliegen, da der Auftragnehmer in der Regel alleine bestrebt ist, seine finanziellen Interessen zu wahren<sup>873</sup>. Ein darüber hinausgehendes Interesse kann lediglich bei Prestigeobjekten angenommen werden, an deren Durchführung der Auftragnehmer ein Interesse hat, weil er sich durch ihre Verwirklichung in besonderem Maße Auswirkungen auf Folgeaufträge von dritter Seite erhofft<sup>874</sup>.

813 Hiervon sind **Nebenpflichten** abzugrenzen, welche die Leistungen der Vertragsparteien nicht prägen, jedoch nach § 241 Abs. 2 BGB erforderlich sind, um die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Vertragsparteien zu schützen. Anders als Leistungspflichten sind Nebenpflichten nicht selbstständig einklagbar, können aber zu sekundären Ansprüchen wie Schadensersatz (hierzu ausführlich *Rdnr. 836 ff.*) führen.

814 Je mehr das Schuldverhältnis, auf das Zusammenwirken der Beteiligten angewiesen und auf längere Zeit angelegt ist, wie dies bei Architekten- und Ingenieurverträgen regelmäßig der Fall ist, desto eher können sich Nebenpflichten zu Nebenleistungspflichten konkretisieren<sup>875</sup>. Beim Architekten- und Ingenieurvertrag ist daher bei den konkret bestimmten **Nebenpflichten** im Zweifel eine **Nebenleistungspflicht** anzunehmen, wobei die Bezeichnung im Vertrag jedenfalls ein Indiz für die Vereinbarung einer Nebenleistungspflicht bildet<sup>876</sup>. Generell ist die Frage, wann bestimmte Verhaltenspflichten zu klagbaren Nebenleistungspflichten erhoben werden können, aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden, bei der zu berücksichtigen ist, ob Rechtsschutz durch nachträglichen Schadensersatz ausreicht oder ob das Interesse des geschützten Vertragspartners so gewichtig ist, dass ihm mit einer nachträglichen Geldleistung anstelle der Erfüllung der ursprünglichen Nebenpflicht weniger gedient ist<sup>877</sup>.

## 2. *Vertretenmüssen*

815 Schadensersatzansprüche setzen – anders als der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB – voraus, dass der Auftraggeber die Pflichtverletzung (hier: Leistungsverzug) zu vertreten hat. Hierfür trägt der Auftraggeber gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Darlegungs- und Beweislast<sup>878</sup>.

---

<sup>873</sup> Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 6.

<sup>874</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 22; Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, § 4 Rdnr. 8; Sprau, in: Palandt, § 642 Rdnr. 3; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 6.

<sup>875</sup> Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, § 4 Rdnr. 4 für den Bauvertrag.

<sup>876</sup> Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, § 4 Rdnr. 4 für den Bauvertrag.

<sup>877</sup> Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, § 4 Rdnr. 4 für den Bauvertrag.

<sup>878</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, § 280 Rdnr. 31.

Zu vertreten hat der Auftraggeber eigenes und fremdes Verschulden. 816

Dem Auftraggeber wird **eigenes Verschulden** nach § 276 BGB zur Last gelegt, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Mitwirkungspflicht verletzt. 817

Zusätzlich hat der Auftraggeber nach § 278 BGB auch **fremdes Verschulden** zu vertreten, sofern er sich Personen zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht bedient (sog. Erfüllungsgehilfen<sup>879</sup>). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob dem Auftraggeber ein **Verschulden des planenden Architekten, der Sonder- und Fachingenieure oder des Bauunternehmens** zugerechnet werden kann, wenn hierdurch die Bauausführung nicht rechtzeitig beginnt. 818

**Erfüllungsgehilfe** ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird<sup>880</sup>. Der planende Architekt, der Sonder- und Fachingenieur oder das Bauunternehmen müssten daher vom Auftraggeber mit der Wahrnehmung seiner Mitwirkungspflicht beauftragt worden sein. Dabei ist für das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Architekten bzw. Bauunternehmen entscheidend, dass diese grundsätzlich keine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers gegenüber dem Bauüberwachenden erbringen, sondern einzig die zwischen ihnen und dem Auftraggeber vereinbarten Vertragspflichten erfüllen wollen<sup>881</sup>. Sie werden daher grundsätzlich nicht im Pflichtenkreis des Auftraggebers tätig, erfüllen also keine dem Auftraggeber obliegende Verbindlichkeit<sup>882</sup>. Auch will sich der Auftraggeber regelmäßig gegenüber dem Architekten bzw. Ingenieur nicht zum rechtzeitigen Beginn der Bauausführung verpflichten<sup>883</sup>. 819

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Glasfassadenurteil des BGH vom 27.11.2008<sup>884</sup>, wonach dem Auftraggeber ein Verschulden des planenden Architekten nach §§ 254 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 278 BGB zugerechnet wurde und zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruches des Auftraggebers führte. Diese Entscheidung des BGH weicht insbesondere nicht von dessen bishe- 820

---

<sup>879</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 278 Rdnr. 11.

<sup>880</sup> Urteil des BGH vom 09.10.1986 – I ZR 138/84, NJW 1987, 1323; Urteil des BGH vom 21.04.1954 – VI ZR 55/53, NJW 1954, 1193; Lorenz, in: BeckOK BGB, § 278 Rdnr. 11.

<sup>881</sup> Urteil des BGH vom 27.06.1985 – VII ZR 23/84, NJW 1985, 2475, 2476 zum Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Nachunternehmer; a. A. Urteil des OLG Düsseldorf vom 29.06.1999 – 21 U 127/98, NJW-RR 1999, 1543, 1544; Urteil des OLG Celle vom 29.11.1963 – 11 U 101/62, BB 1964, 738; Lüpke, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 29.11.1963 – 11 U 101/62, BB 1964, 738; Nicklisch, in: Nicklisch-Weick, § 10 Rdnr. 14.

<sup>882</sup> Urteil des BGH vom 27.06.1985 – VII ZR 23/84, NJW 1985, 2475, 2476 zum Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Nachunternehmer; a. A. Urteil des OLG Düsseldorf vom 29.06.1999 – 21 U 127/98, NJW-RR 1999, 1543, 1544; Urteil des OLG Celle vom 29.11.1963 – 11 U 101/62, BB 1964, 738; Lüpke, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 29.11.1963 – 11 U 101/62, BB 1964, 738; Nicklisch, in: Nicklisch-Weick, § 10 Rdnr. 14.

<sup>883</sup> Urteil des BGH vom 27.06.1985 – VII ZR 23/84, NJW 1985, 2475, 2476.

<sup>884</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582, 585.

riger Rechtsprechung ab, wonach Vor-/Nachunternehmer grundsätzlich keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sind<sup>885</sup>. Denn nach dem Urteil des BGH vom 27.11.2008 war nicht entscheidend, ob der Planer eine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers verletzte, da § 254 Abs. 1 BGB lediglich voraus setzt, dass bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt wurde, da ein Mitverschulden einzig ein Verschulden gegen sich selbst ist, wofür die Verletzung einer im eigenen Interesse bestehenden Obliegenheit ausreicht<sup>886</sup>. Ferner ist § 278 BGB aufgrund der „entsprechenden“ Anwendung nach § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB auch in dieser Weise zu interpretieren<sup>887</sup>.

821 Daher sind weder planende Architekten, Sonder- und Fachingenieure, noch Bauunternehmen Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers im Hinblick auf die Erfüllung von Mitwirkungspflichten, sofern sie hierfür nicht ausdrücklich beauftragt wurden oder sich dies aus den Umständen des Einzelfalles ergibt.

### 3. *Schadensersatzanspruch neben der Leistung wegen Verletzung einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht nach § 280 Abs. 1 BGB*

822 Verletzt der Auftraggeber eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht, kann der Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB haben.

823 Sofern der Auftraggeber die **Mitwirkungspflicht gänzlich nicht erbringt**, muss sich er sich zusätzlich hiermit nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB **in Verzug befunden** haben. Haben die Vertragsparteien die Vornahme der Mitwirkungshandlung zeitlich bestimmt, tritt durch Zeitablauf automatisch der Verzug nach § 281 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein. Andernfalls kann der Auftragnehmer den Auftraggeber mahnen, indem er ihn eindeutig und bestimmt zur Erbringung der Mitwirkungshandlung auffordert<sup>888</sup>, so dass der Auftraggeber hierdurch nach § 281 Abs. 1 BGB in Verzug gerät.

#### 3.1 *Anspruchsumfang*

824 Bei einem Schadensersatzanspruch neben der Leistung bleibt die Leistungspflicht des Auftragnehmers bestehen<sup>889</sup>. Ihm werden zusätzlich die durch die Verletzung der Mitwirkungspflicht entstandenen kausalen Schäden (Mehraufwendungen) erstattet.

---

<sup>885</sup> a. A. Weyer, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 13 Rdnr. 101.

<sup>886</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582, 585.

<sup>887</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582, 585.

<sup>888</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar, § 286 Rdnr. 48; Lorenz, in: BeckOK BGB, § 286 Rdnr. 25.

<sup>889</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 280 Rdnr. 46.

Der Schadensersatzanspruch umfasst das sog. positive Interesse des Auftragnehmers, welches durch das Unterlassen der Mitwirkungshandlung adäquat kausal verletzt wurde. Dabei liegt das positive Interesse des Geschädigten darin, wertmäßig so gestellt zu werden, als ob der Vertrag erfüllt, das heißt die Mitwirkungshandlung vorgenommen worden wäre<sup>890</sup>. 825

Der Auftragnehmer kann hiernach folgende Kosten erstattet verlangen: 826

- Stillstandskosten
- Einarbeitungskosten nach längerem Stillstand
- Folgekosten durch zeitliche Verschiebung der Fertigstellung
- Erhöhte Allgemeine Geschäftskosten, wenn dargelegt wird, dass die zeitabhängigen Kosten gemäß Kalkulation bei ungestörtem Bauablauf erreicht worden wären<sup>891</sup>

Zusätzlich hat der Auftragnehmer – anders als bei der Entschädigung nach § 642 BGB – einen Anspruch auf **Erstattung des entgangenen Gewinns**. Dieser umfasst nach § 252 Satz 2 BGB den Überschuss, den der Auftragnehmer bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge, also bei ordnungsgemäßer Durchführung des Bauvertrags, durch Folgeprojekte wahrscheinlich erwirtschaftet hätte. Der Auftragnehmer kann danach den Schaden entweder konkret berechnen, indem er darlegt, welchen Gewinn er bei pflichtgemäßem Verhalten des Auftraggebers erzielt hätte, oder er kann darauf abstellen, welcher Gewinn in der gegebenen Situation üblicherweise, das heißt ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falls, zu erwarten gewesen wäre<sup>892</sup>. 827

### 3.2 *Darlegungs- und Beweislast*

Der Auftragnehmer muss die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches darlegen und beweisen und dass ihm hieraus ein kausaler Schaden entstanden ist<sup>893</sup>. Für die Kausalität des Schadens ist eine bauablaufbezogene Schadensdarstellung notwendig, weil eine Behinderung aus der 828

---

<sup>890</sup> Lorenz, in: BeckOK BGB, § 280 Rdnr. 46.

<sup>891</sup> Urteil des BGH vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NZBau 2002, 381; Döring, in: Ingenstau/Korbion, § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 38.

<sup>892</sup> Urteil des BGH vom 19.10.2005 – VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243, 244; Urteil des BGH vom 30.05.2001 – VIII ZR 70/00, NJW-RR 2001, 1542; Urteil des BGH vom 02.03.1988 – VIII ZR 380/86, NJW 1988, 2234, 2236; Urteil des BGH vom 16.03.1959 – III ZR 20/58, NJW 1959, 1079; Urteil des BGH vom 19.06.1951 – I ZR 118/50, NJW 1951, 918; Alff, in: RGRK, § 252 Rdnr. 9; Grüneberg, in: Palandt, § 252 Rdnr. 6; Oetker, in: Münchener Kommentar, § 252 Rdnr. 44.

<sup>893</sup> Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 – 17 U 56/00, BauR 2004, 1304.

Verletzung der Mitwirkungspflicht keineswegs zwingend zu einer Verzögerung des Gesamtablaufs und einem Schaden führen muss<sup>894</sup>.

4. *Schadensersatz statt der Leistung wegen Verzugs nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB*

829 Hat der Auftragnehmer kein Interesse an der Fortsetzung des Vertrags kann er, wenn er dem Auftraggeber erfolglos eine angemessene Frist zur Erbringung der Mitwirkungspflicht setzt, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verlangen, wodurch die Leistungspflichten erlöschen.

4.1 *Ablauf einer angemessen gesetzten Frist oder Entbehrlichkeit*

830 Durch Setzen einer angemessenen Frist zur Erbringung der Mitwirkung soll dem Auftraggeber unmissverständlich eine zweite Chance gewährt werden, seine Leistungspflicht vertragsgemäß zu erfüllen, und zugleich Klarheit darüber gewinnen, dass eine weitere Vertragsverletzung möglicherweise Folgen nach sich ziehen wird<sup>895</sup>. Daher muss dieser eindeutig erkennen können, dass der Auftragnehmer von ihm innerhalb der Frist eine bisher nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung begehrt<sup>896</sup>. Bei mehreren in Betracht kommenden Leistungen ist die geschuldete Mitwirkungspflicht zu individualisieren<sup>897</sup>. Nicht erforderlich ist hingegen der zusätzliche Hinweis, dass nach Ablauf der Frist Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird<sup>898</sup>.

831 Die **Angemessenheit der Frist** bestimmt sich nach den Umständen Einzelfalls, insbesondere nach der Natur des betreffenden Vertragsgegenstandes und den Interessen beider Vertragspartner<sup>899</sup>. Der Auftraggeber soll hierdurch in die Lage versetzt werden, die bereits vorbereitete Leistung zu vollenden<sup>900</sup>. Dabei spielt auch eine Rolle, welche Zeit ihm bisher schon für die Erfüllung zur Verfügung stand, welche Dringlichkeit die Leistung für den Auftragnehmer erkennbar besitzt und wie sich die Parteien bisher zueinander verhalten haben<sup>901</sup>. Dabei muss sie dem Auftraggeber nicht ermöglichen, mit der Leistungsbewirkung erst zu beginnen<sup>902</sup>. Hat der Auftraggeber bspw. im Zeitpunkt der geplanten Bauarbeiten noch keine Bemühungen zur Vergabe

---

<sup>894</sup> Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 – 17 U 56/00, BauR 2004, 1304.

<sup>895</sup> Schmidt, in: BeckOK BGB, § 323 Rdnr. 11.

<sup>896</sup> Schmidt, in: BeckOK BGB, § 323 Rdnr. 13.

<sup>897</sup> Schmidt, in: BeckOK BGB, § 323 Rdnr. 13.

<sup>898</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, § 281 Rdnr. 38.

<sup>899</sup> Schmidt, in: BeckOK BGB, § 281 Rdnr. 17.

<sup>900</sup> Schmidt, in: BeckOK BGB, § 281 Rdnr. 17.

<sup>901</sup> Urteil des BGH vom 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, 2641; Schmidt, in: BeckOK BGB, § 281 Rdnr. 17.

<sup>902</sup> Urteil des BGH vom 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640; Urteil des BGH vom 10.02.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279, 1280; Schmidt, in: BeckOK BGB, § 281 Rdnr. 17.



der Bauleistungen unternommen, muss der Auftragnehmer ihm keine Frist setzen, die für die Durchführung eines Vergabeverfahrens ausreichen würde, da er davon ausgehen konnte, dass der sich der Auftraggeber bereits um die Vergabe der Bauleistungen bemüht hat und diese lediglich abzuschließen sind.

Die **Fristsetzung ist entbehrlich**, wenn der Auftraggeber die Mitwirkungshandlung ernsthaft und endgültig verweigert oder besondere Umstände die sofortige Geltendmachung des Anspruchs rechtfertigen (§ 281 Abs. 2 BGB). Dabei besteht eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dann, wenn das Verhalten des Auftraggebers unzweifelhaft als sein „letztes“ Wort zu verstehen ist, so dass eine Änderung seiner Haltung durch die Fristsetzung als ausgeschlossen erscheint<sup>903</sup>. Besondere Umstände liegen dann vor, wenn das Interesse des Auftragnehmers das Interesse des Auftraggebers deutlich überwiegt. Dies ist bspw. der Fall, wenn der Auftraggeber arglistig handelt oder dem Auftragnehmer bei weiterem Festhalten am Vertrag die Insolvenz droht<sup>904</sup>. 832

#### 4.2 *Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung*

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entsteht nach Fristablauf ohne weiteres Zutun des Auftragnehmers (ipso iure) als verhaltener Anspruch, das heißt er wird – anders als der Schadensersatzanspruch neben der Leistung – **erst mit dem Verlangen des ersatzberechtigten Gläubigers fällig**<sup>905</sup>. Verlangt der Auftragnehmer Schadensersatz statt der Leistung, erlischt der Anspruch auf die Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB). Der Auftragnehmer kann somit wählen, ob er weiterhin die Erfüllung des Vertrags begehrt und Schadensersatz neben der Leistung geltend macht oder auf die Leistung verzichtet und Schadensersatz statt der Leistung verlangt. 833

#### 4.3 *Anspruchsumfang*

Der Schadensersatz statt der Leistung ersetzt das sog. negative Interesse, das heißt er umfasst neben dem Ersatz des Interesses an der Vertragserfüllung auch den Ersatz sämtlicher Folgeschäden<sup>906</sup>. Hierdurch soll der Auftragnehmer so gestellt werden, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre (sog. Differenzhypothese, § 249 BGB)<sup>907</sup>. 834

---

<sup>903</sup> Urteil des BGH vom 29.06.2011 – VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn 14; Urteil des BGH vom 20.05.2009 – VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn 13; Schmidt, in: BeckOK BGB, § 323 Rdnr. 21.

<sup>904</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, § 281 Rdnr. 60.

<sup>905</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, § 281 Rdnr. 108.

<sup>906</sup> Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, Vorbemerkung zu § 281.

<sup>907</sup> Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, Vorbemerkung zu § 281.

835 Infolge des Verzichts auf die Vertragserfüllung wandelt sich das Schuldverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis<sup>908</sup>, so dass **sämtliche Schäden unter den Schadensersatz statt der Leistung fallen** und nicht mehr von einem Schadensersatz neben der Leistung erfasst werden.

*II. Ansprüche und Rechte ohne Vereinbarung der Mitwirkungshandlung als Vertragspflicht*

836 Haben die Parteien keine Mitwirkungshandlung als Haupt- oder Nebenleistungspflicht vereinbart, kann dem Auftragnehmer ein **Schadensersatzanspruch neben der Leistung** nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen (*Abschnitt 3*), wenn der Auftraggeber durch Unterlassen einer Mitwirkungshandlung eine vertragliche Nebenpflicht verletzt (*Abschnitt 1*) und er dies zu vertreten hat (*Abschnitt 2*).

837 Ist dem Auftragnehmer wegen der unterlassenen Mitwirkung des Auftraggebers die Vorhaltung seiner Leistungsbereitschaft nicht mehr zuzumuten, kann er **Schadensersatz statt der Leistung** nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282 BGB verlangen (*Abschnitt 4*).

*1. Mitwirkungshandlung als Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB*

838 Mitwirkungshandlungen sind nach der überwiegenden Ansicht grundsätzlich keine Leistungs- oder Nebenpflichten, sondern Gläubigerobliegenheiten, das heißt Verhaltensweisen, von denen nach dem Inhalt des Vertrags der Beginn oder die Durchführung der Arbeiten des Auftragnehmers abhängen<sup>909</sup>. Sie stellen Gebote des eigenen Interesses dar, denen der Adressat – auch wenn sie nicht selbstständig einklagbar sind – nachkommen muss, wenn er den Eintritt von Rechtsnachteilen vermeiden will<sup>910</sup>. Dennoch können die Vertragsumstände dazu führen, dass durch Unterlassen der Mitwirkungshandlung eine Nebenpflicht des Auftraggebers nach § 241 Abs. 2 BGB verletzt wird, die ebenfalls einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB begründet.

839 Nach § 241 Abs. 2 BGB haben die Vertragsparteien – neben den vereinbarten Leistungspflichten – auch die Pflicht, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners Rücksicht zu

---

<sup>908</sup> Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, Vorbemerkung zu § 281.

<sup>909</sup> Urteil des BGH vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582; Urteil des OLG Düsseldorf vom 14.01.2011 – 22 U 198/07, NJW 2011, 1081, 1082; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 642 Rdnr. 6; Heinle, BauR 1992, 428, 430; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 642 Rdnr. 7; Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 11; Voit, in: Bamberger/Roth, § 642 Rdnr. 2.

<sup>910</sup> Kleine-Möller, NZBau 2000, 401, 402; Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 154.

nehmen. Hieraus folgen Treue-, Schutz-, Aufklärungs- und Rücksichtnahmepflichten<sup>911</sup>. Voraussetzung ist jedoch, dass der Auftraggeber durch sein Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung **den gesamten Vertragszwecks gefährdet**<sup>912</sup>, der Werkerfolg also nicht mehr eintreten kann. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn der Auftragnehmer gehindert ist seine Leistung zu erbringen, da der Auftraggeber die benötigten Baupläne nicht übergibt, notwendige behördliche Genehmigungen (insb. Baugenehmigung) nicht einholt oder den Grundstückszutritt verweigert<sup>913</sup>.

## 2. *Vertretenmüssen*

Hinsichtlich des Vertretenmüssens wird auf die insoweit identischen Ausführungen des Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs verwiesen (hierzu ausführlich *Rdnr. 815 ff.*). 840

## 3. *Schadensersatzanspruch neben der Leistung wegen Verletzung einer Nebenpflicht, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB*

Verletzt der Auftraggeber eine Mitwirkungspflicht schuldhaft, die den Vertragszweck gefährdet, hat der Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. 841

Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird auf die insoweit identischen Ausführungen des Schadensersatzanspruchs neben der Leistung verwiesen (hierzu ausführlich *Rdnr. 824 ff.*). 842

## 4. *Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Nebenpflicht, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282 BGB*

Hat der Auftragnehmer kein Interesse an der Fortsetzung des Vertrags kann er, wenn ihm neben den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung einer Nebenpflicht die eigene Leistungserbringung nicht mehr zumutbar ist, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282 BGB verlangen. 843

---

<sup>911</sup> Sutschet, in: BeckOK BGB, § 241 Rdnr. 46 ff.

<sup>912</sup> Urteil des BGH vom 19.02.1969 – VIII ZR 58/67, NJW 1969, 975, 976 und Urteil des BGH vom 30.09.1971 – VII ZR 20/70, NJW 1972, 99, 100; Urteil des BGH vom 16.05.1968 – VII ZR 40/66, NJW 1986, 1873, 1874; Urteil des BGH vom 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229; bestätigt durch Urteil des BGH vom 25.03.1958 – VIII ZR 62/57, Abschnitt III 1); Glanzmann, in: RGRK, § 631 Rdnr. 46; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Teil A Rdnr. 712.

<sup>913</sup> Armbrüster/Bickert, NZBau 2006, 153, 154.

#### 4.1 *Unzumutbarkeit der Leistungserbringung, § 282 BGB*

844 Die Leistungserbringung ist für den Auftragnehmer unzumutbar, wenn das Verhalten des Auftraggebers die ernstliche Befürchtung erwecken lässt, dass eine ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags nicht mehr zu erwarten ist<sup>914</sup>. Im Rahmen einer Zukunftsprognose muss somit festgestellt werden, ob die Vornahme der Mitwirkungshandlung durch den Auftraggeber aus Sicht eines objektiven Dritten noch erwartet werden kann.

#### 4.2 *Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung und Anspruchsumfang*

845 Hinsichtlich des Verlangens eines Schadensersatzes statt der Leistung und des Anspruchsumfangs wird auf die insoweit identischen Ausführungen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung wegen Verletzung einer Mitwirkungspflicht verwiesen (hierzu ausführlich Rdnr. 833 ff.).

846

##### ***Anforderungen an die Dokumentation***

- *Vertragliche Vereinbarung einer Mitwirkungspflicht*
- *Umstände zur Notwendigkeit der Mitwirkungshandlung*
- *Aufforderung an den Auftraggeber zur Vornahme der Mitwirkungshandlung unter Fristsetzung*
- *Inwieweit die unterlassene Mitwirkung Einfluss auf den Bauablauf und die Leistungserbringung des Auftragnehmers genommen haben*<sup>915</sup>
- *Durch die unterlassene Mitwirkung eingetretener Schaden (kann nach § 287 ZPO geschätzt werden)*

---

<sup>914</sup> Urteil des BGH vom 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229, 930.

<sup>915</sup> Urteil des BGH vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NZBau 2005, 335, 338.

## **Kapitel 5: Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage**

Bei Vereinbarung eines Pauschalhonorars erhält der Auftragnehmer im Unterschied zum Stundenhonorar für sämtliche Leistungen, die zur Erbringung des Werkerfolgs notwendig sind, eine mengenunabhängige Pauschalsumme (hierzu ausführlich *Rdnr. 446 ff.*). Dies führt bei Eintritt von Bauablaufstörungen dazu, dass auch die hieraus dem Auftragnehmer entstehenden (Mehr-)Aufwendungen abgegolten sind, soweit diese nicht auf Mehrleistungen (hierzu ausführlich *Rdnr. 102 ff.*) oder unterlassenen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers beruhen (hierzu ausführlich *Rdnr. 697 ff.*). Soweit die Vertragsparteien eine andere Regelung wünschen, müssen sie dies vertraglich vereinbaren (hierzu ausführlich *Rdnr. 426 ff.*) 847

Haben die Vertragsparteien jedoch keine vertragliche Vereinbarung im Falle von Bauablaufstörungen getroffen, bedeutet dies nicht, dass der Auftragnehmer zur Erfüllung seiner Leistungspflichtigen Aufwendungen alleine zu seinen Lasten erbringen muss, die nicht nur zur Unwirtschaftlichkeit des Auftrags führen, sondern unter Umständen für ihn auch insolvenzgefährdend sind. Denn die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB begrenzen die Leistungspflichten des Auftragnehmers auf ein zumutbares Maß. Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann der Auftragnehmer einen Anspruch auf Honoraranpassung nach § 313 Abs. 1 BGB haben (*Abschnitt A*) oder sich unter den weiteren Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB durch Kündigung vom Vertrag lösen (*Abschnitt B*). 848

### *A. Anspruch auf Honoraranpassung nach § 313 Abs. 1 BGB*

§ 313 Abs. 1 BGB ist ein Ausdruck der Vertragsgerechtigkeit<sup>916</sup> und wurde unter Zuhilfenahme des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB geschaffen<sup>917</sup>. Wegen der erheblichen praktischen Bedeutung ist der Rechtsgrundsatz im Rahmen der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 im Allgemeinen Schuldrecht normiert worden<sup>918</sup>. Hierdurch werden für eine Partei unzumutbare Folgen eines Vertragsabschlusses nicht bei der Partei belassen, die das jeweilige Risiko vertraglich übernommen hat, sondern durch Vertragsanpassung auf beide Parteien verteilt<sup>919</sup>. 849

#### *I. Anwendbarkeit der HOAI*

Vorab ist festzustellen, ob die Honorarvorschriften der HOAI bei einer Honoraranpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage zu beachten sind. Denn dies ist vor allem 850

---

<sup>916</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 2.

<sup>917</sup> Unberach, in: BeckOK BGB, § 313 Rdnr. 1.

<sup>918</sup> BT-Dr 14/6040, S. 175; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 47.

<sup>919</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 2.

dafür von Bedeutung, ob sich die Honoraranpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB nach den Honorartabellen richtet und somit der Anspruch auf die Honorarhöchstsätze begrenzt ist bzw. die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI vorliegen müssen.

851 Nach teilweiser Ansicht seien für die Honoraranpassung allein die Vorschriften über den Wegfall der Geschäftsgrundlage maßgeblich, wobei keine Beschränkungen durch die HOAI bestünden<sup>920</sup>. Hierdurch werde das Honorarrecht der HOAI auch nicht ausgehöhlt, da Unvorhergesehenes – wie der Eintritt von Bauablaufstörungen – bei Auftragserteilung nicht schriftlich vereinbart werden könne<sup>921</sup>. Dies werde auch bestätigt durch die Rechtsprechung des BGH<sup>922</sup>, wonach eine Ausschöpfung des Höchstsatzes sowie eine Höchstsatzüberschreitung gemäß den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI nur vereinbart werden könne, soweit die Parteien die für die Honorarvereinbarung maßgeblichen Voraussetzungen bei der ursprünglichen Vergütungsvereinbarung erkennen und bedenken konnten<sup>923</sup>. Schließlich sehe auch der BGH bei der Beurteilung von Honoraranpassungsvereinbarungen den Anwendungsbereich der HOAI als nicht eröffnet an, da diese eine vertragliche Regelung zur Störung der Geschäftsgrundlage darstellen, für welche HOAI keinen Regelungstatbestand vorsehe<sup>924</sup>.

852 Diese Ansicht ist abzulehnen<sup>925</sup>, da diese den Anwendungsbereich der HOAI missachtet und deren Regelungszweck widerspricht. Insofern gelten die Ausführungen zur Eröffnung des Anwendungsbereichs bei vertraglichen Honoraranpassungsklauseln entsprechend (hierzu ausführlich *Rdnr. 532 ff.*). Denn nach § 1 HOAI umfasst der Anwendungsbereich der HOAI für die von ihr erfassten Leistungen die Berechnung des Entgelts, also die Gegenleistung für eine vermögenswerte Zuwendung<sup>926</sup> und damit auch das zusätzliche Honorar aus einer Honoraranpassung, welche die außerplanmäßigen Aufwendungen des Auftragnehmers abdecken sollen.

853 Dagegen spricht auch nicht, dass die Vertragsparteien die Störung der Geschäftsgrundlage im Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht vorhersehen und daher nicht die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1, 4 HOAI beachten konnten. Denn bei Vorliegen einer für den Auftragnehmer unzumutbaren Äquivalenzstörung bestimmt § 313 BGB, dass auch nach Auftragserteilung und bei einseitigen

---

<sup>920</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 151; Pauly, MDR 2010, 487, 489; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1036.

<sup>921</sup> Pauly, MDR 2010, 487, 489.

<sup>922</sup> Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 151; Pauly, MDR 2010, 487, 488; Werner, in: Werner/Pastor, Rdnr. 1036.

<sup>923</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>924</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>925</sup> So auch Preussner, BauR 2006, 203, 207 f.; Schwenker/Schramm, ZfIR 2005, 121, 126.

<sup>926</sup> Urteil des RG vom 30.01.1940, RGZ 163, 348, 356; Irmeler, in: Irmeler, § 1 Rdnr. 6; Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, § 1 Rdnr. 5.

gem Verlangen der benachteiligten Vertragspartei keine Bindung mehr an die Verpflichtung des § 7 Abs. 1, 4 HOAI vorliegt. Anwendbar bleiben hingegen nach dem Normzweck die Einhaltung des Mindest- und Höchstsatzes bzw. der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI zur Höchstsatzüberschreitung. Die benannte Entscheidung des BGH hierzu ist inkonsequent, wenn zusätzlich betont wird, dass die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nicht zu einer Umgehung des Preisrechts der HOAI führen dürfe<sup>927</sup>. Auch wird hiernach im Rahmen der Honoraranpassung diejenige Vergütung als angemessen anzusehen sein, die die Vertragsparteien im Rahmen der sich aus der HOAI ergebenden Beschränkungen vereinbart hätten, wenn ihnen möglich gewesen wäre, bei Abschluss des ursprünglichen Vertrags den Eintritt von Bauablaufstörungen vorzusehen<sup>928</sup>. Doch in diesem Fall hätten sie ebenfalls nur unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1, 4 HOAI ein Honorar vereinbaren dürfen. Die Nichtanwendung des verbindlichen Preisrechts ist daher aus keinem Gesichtspunkt heraus gerechtfertigt.

## *II. Voraussetzungen des Honoraranpassungsanspruchs*

Voraussetzung der Honoraranpassung ist neben der subsidiären Anwendbarkeit (*Abschnitt 1*), 854 der Veränderung der Geschäftsgrundlage (*Abschnitt 2.1*) sowie des Überschreitens einer Zumutbarkeitsschwelle (*Abschnitt 2.2*), dass die Parteien bei Voraussehen der Veränderung den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten (*Abschnitt 2.3*).

### *1. Subsidiarität*

Die **Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage finden ausschließlich subsidiär Anwendung**. 855 Dies ergab sich vor der Schuldrechtsreform bereits aus der Korrekturfunktion des § 242 BGB. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Ausnahmecharakter des Normursprungs auch mit der Normierung des § 313 BGB bestehen bleiben<sup>929</sup>. Geltung findet dies mithin im gesetzlichen Wortlaut, wonach die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung berücksichtigt werden sollen. Außerdem folgt aus der gesetzlichen Korrekturfunktion, dass eine Vertragsanpassung dort nicht erforderlich ist, wo vertraglich oder gesetzlich die Risikoverteilung bereits eindeutig geregelt ist<sup>930</sup>.

Daher scheidet eine Honoraranpassung aus, wenn folgende speziellere vertragliche und gesetzli- 856 che Regelungen bestehen:

---

<sup>927</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>928</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324.

<sup>929</sup> BT-Dr 14/6040, S. 175; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 47.

<sup>930</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 47.

- Vereinbarung eines Erstattungsanspruchs über Mehraufwendungen nach § 631 Abs. 1 BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 518 ff.*)
- Vereinbarung eines Honoraranpassungsanspruchs nach § 631 Abs. 1 BGB, ggf. unter Zuhilfenahme der ergänzenden Vertragsauslegung (hierzu ausführlich *Rdnr. 522 ff.*)
- Vereinbarung von Mehrleistungen nach §§ 631 bzw. 311 i.V.m. §§ 10, 8 HOAI (hierzu ausführlich *Rdnr. 153 ff.*)
- Ansprüche wegen unterlassener Mitwirkung nach §§ 642 ff. BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 697 ff.*)
- Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1 ff. BGB (hierzu ausführlich *Rdnr. 806 ff.*)

## 2. *Störung der Geschäftsgrundlage*

857 Eine Störung der Geschäftsgrundlage liegt nach § 313 Abs. 1 BGB vor, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind nach Vertragsschluss schwerwiegend verändern, so dass das Festhalten am Vertrag für die betroffene Partei unzumutbar ist und die Parteien bei voraussehen der Veränderung den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten.

### 2.1 *Geschäftsgrundlage*

858 Die für eine Vertragsanpassung relevanten Umstände müssen von den Vertragsparteien zur Grundlage des Vertrags gemacht worden sein. Grundlage des Vertrags sind **die nicht zum Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die von der einen Partei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandensein oder dem Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut**<sup>931</sup>.

859 Wird eine Vertragsanpassung wegen Bauablaufstörungen geltend gemacht, muss die Bauzeit Geschäftsgrundlage geworden sein. Die Parteien machen sich gemeinsame Vorstellungen über den Bauablauf, wenn sich dies aus den Vertragsunterlagen, dem Schriftverkehr oder abgestimmten Zeitplänen usw. ergibt<sup>932</sup>. Auch wird die Vorstellung einer Partei über den Bauablauf zur (subjektiven) Geschäftsgrundlage, wenn dies für die andere Partei für den Vertragsschluss er-

---

<sup>931</sup> Urteil des BGH vom 15.01.2000 – VIII ZR 324/99, NJW 2001, 1204, 1205; Urteil des BGH vom 03.05.1995 – XII ZR 29/94, NJW 1995, 2030 f.; Urteil des BGH vom 23.10.1957 – V ZR 219/55, NJW 1958, 297, 298; Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2a); Hohloch, in: Erman, § 313 Rdnr. 17.

<sup>932</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2a); Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 110; Werner in: Werner/Pastor, Rdnr. 1032, 1036.



sichtlich von bedeutend ist<sup>933</sup>. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Bauablauf einzig Gegenstand einseitiger Motive oder Erwartungen ist<sup>934</sup>.

## 2.2 *Schwerwiegende Veränderung, die zur Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für den Betroffenen führen*

Zudem müssen sich die Umstände der Geschäftsgrundlage nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert (d. h. der tatsächliche Bauablauf muss erheblich von dem geplanten Bauablauf abweichen) und dies zur Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für den Auftragnehmer geführt haben. 860

Da der Anspruch nach § 313 Abs. 1 BGB Ausdruck der Vertragsgerechtigkeit ist, fließt in die Beurteilung der schwerwiegenden Veränderung auch die **vertragliche Risikoverteilung** mit ein<sup>935</sup>. Denn hat der Auftragnehmer vertraglich das Risiko der eingetretenen Störung übernommen, erklärt er sich damit einverstanden, sämtliche hieraus für ihn entstehenden Folgen (Mehraufwendungen) zu tragen. Daher ist § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich lediglich ein Risiko verwirklicht hat, das nach der vertraglichen Vereinbarung ausschließlich in den Risikobereich einer Partei fällt<sup>936</sup>. Dies kann nicht nur durch ausdrückliche Vereinbarungen zwischen den Parteien erfolgen, sondern auch durch den Vertragsabschluss selbst, da jede Partei durch Abschluss eines Vertrages Risiken übernimmt, die aus dem Vertragsinhalt, -zweck und dem anzuwendenden dispositiven Recht folgen<sup>937</sup>. 861

Bei der Vereinbarung eines Pauschalhonorars ohne Bindung an den Bauablauf übernimmt der Auftragnehmer eine zeitlich unbeschränkte Verpflichtung und trägt hierdurch das Aufwandsrisiko<sup>938</sup>. Daher hat er zum Erhalt der Gegenleistung (Honorar) sämtliche (Mehr-)Aufwendungen zu tragen, die für das Erbringen der vertraglich vereinbarten Leistung notwendig sind. Im Gegenzug übernimmt der Auftraggeber Risiken in Form des Verwendungsrisikos und der Minderung des Arbeitsaufwands. Doch die vertragliche Risikoübernahme erfolgt nicht unbegrenzt. Denn die 862

---

<sup>933</sup> Hohloch, in: Erman, § 313 Rdnr. 18; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 57.

<sup>934</sup> Hohloch, in: Erman, § 313 Rdnr. 18; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 57.

<sup>935</sup> Urteil des BGH vom 09.05.2012 – IV ZR 1/11, NJW 2012, 2733; Urteil des BGH vom 09.03.2010 – VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874; Urteil des BGH vom 21.09.2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899; Grüneberg, in: Palandt, § 313 Rdnr. 19.

<sup>936</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 374; Urteil des BGH vom 21.09.2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901; Urteil des BGH vom 16.02.2000 – XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1716; Urteil des BGH vom 01.06.1979 – V ZR 80/77, NJW 1979, 1818.

<sup>937</sup> Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2b) unter Verweis auf; Heinrichs, in: Palandt, 61. Auflage, § 242 Rdnr. 126.

<sup>938</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 322, 324; Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109, 110.

Vertragsparteien wollen durch den Abschluss des Pauschalvertrags nur die bei Bauvorhaben erfahrungsgemäß üblichen und unvermeidbaren Abweichungen in Kauf nehmen<sup>939</sup>, so dass das Aufwandsrisiko nur bis zum Überschreiten einer **Zumutbarkeitsgrenze** abgedeckt wird<sup>940</sup>. Diese ist überschritten, wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde, wenn also ein krasses Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung anzunehmen ist<sup>941</sup>.

863 Im Falle von Bauablaufstörungen muss es sich daher um ungewöhnlich lang andauernde Leistungen handeln, die insbesondere dann, wenn die Veränderung des Leistungsablaufs aus der Sphäre des Auftraggebers herrührt, einen **unzumutbaren Mehraufwand des Auftragnehmers** verursacht (sog. Äquivalenzstörung)<sup>942</sup>. Maßgeblich ist daher ein Vergleich der Aufwendungen, die der Auftragnehmer für die geschuldete Leistung tatsächlich hatte und die er ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte (hierzu ausführlich *Rdnr. 614 ff.*). Anschließend ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, ob die negative Abweichung des Aufwands für den Auftragnehmer die Schwelle der Zumutbarkeit überschreitet.

864 Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Die zu bildende Wesentlichkeitsgrenze ist nach Art und Zweck des Vertrags und nach der Risikoverteilung zu bestimmen<sup>943</sup>. Maßgeblich ist, was die Parteien vertraglich als Äquivalent vereinbart haben<sup>944</sup>. Im Falle der Bauzeitverlängerung nahm der BGH bei einer Überschreitung von 60 – 85 % die Unzumutbarkeit einer schweren Veränderung an<sup>945</sup>, die angesichts des Ausnahmecharakters der Norm angemessen ist.

2.3 *Die Parteien hätten den Vertrag bei Kenntnis der Umstände nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten*

865 Hinzukommen muss, dass die Veränderung des ursprünglich geplanten Bauablaufs bei Vertragschluss noch nicht vorhersehbar gewesen sein darf<sup>946</sup>. Dabei werden Verzögerungen wegen Win-

---

<sup>939</sup> Vygen, BauR 1979, 375, 384.

<sup>940</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 313 Rdnr. 24.

<sup>941</sup> Urteil des BGH vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05, NZBau 2007, 587; Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NZBau 2005, 46; Urteil des BGH vom 18.11.1960 – V ZR 140/59, NJW 1961, 553; Vygen, BauR 1979, 375, 383.

<sup>942</sup> Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04 Abschnitt II 3.

<sup>943</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 58.

<sup>944</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 58; Medicus AT, Rdnr. 866.

<sup>945</sup> Urteil des BGH vom 12.11.1964 – VII ZR 11/63, S/F/H, Z 3.01 Bl. 311

<sup>946</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2004 – VII ZR 456/01, BauR 2005, 118, 122; Urteil des OLG Brandenburg vom 16.12.1999 – 12 U 34/99, BauR 2001, 1772, 1776.

terwetters, Konkurses von Subunternehmern sowie für vorübergehende Schwierigkeiten der Materialbeschaffung als gewöhnlich und damit vorhersehbar eingestuft<sup>947</sup>. Denn haben die Vertragsparteien trotz ihrer Kenntnis keine vertragliche Regelung getroffen, hätte der Auftragnehmer das Aufwandsrisiko ausdrücklich übernommen. Daher ist es Sache der Parteien bei Voraussehen der zu Bauablaufstörungen führenden Umstände das Honorar bis hin zu den Höchstsätzen anzuheben und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI die Höchstsätze zu überschreiten<sup>948</sup> oder eine gesonderte vertragliche Regelung (bspw. in Form eines Aufwendungsersatzanspruchs) zu treffen.

Auch durch Streichung einer Vertragsklausel über Bauablaufstörungen machen die Parteien deutlich, keine Regelung treffen zu wollen<sup>949</sup> und die Folgen der vertraglichen Risikoverteilung überlassen zu wollen können. Die Parteien haben dagegen das eintretende Risiko nicht vorhergesehen, wenn sie es irrig für ausgeräumt und es somit nicht für regelungsbedürftig gehalten haben<sup>950</sup>. 866

Teilweise wird vertreten, dass große Architekturbüros erfahren im Bauwesen seien und deshalb um die erheblichen Bauzeitrissen wissen, die mit umfangreichen Bauwerken verbunden seien<sup>951</sup>. In Kenntnis dieses keineswegs ungewöhnlichen Bauzeitrissos hätten sie, entsprechend der Formstrenge der HOAI, eine vorherige schriftliche Vereinbarung bei Abschluss des Architektenvertrags treffen müssen, sei es auch nur in der Form eines allgemeinen Vorbehalts, dass nach Überschreitung der Regelbauzeit eine Erhöhung gemäß § 7 Abs. 4 HOAI vorgesehen sei<sup>952</sup>. 867  
Denn die Formstrenge einer gesetzlichen Vorschrift dürfe nicht durch den Gesichtspunkt der veränderten Geschäftsgrundlage ausgehöhlt werden, wenn gerade für diese Veränderung die Form vorgesehen sei und die Parteien in Kenntnis dieses Risikos in ihrer umfassenden Vertragsvereinbarung davon absehen, Vorsorge hinsichtlich dieses Risikos in der vorgeschriebenen Form zu treffen<sup>953</sup>. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Denn dies würde einen gänzlichen Ausschluss der Vertragsanpassung wegen Bauablaufstörungen nach § 313 BGB für große Architekturbüros bei umfangreichen Bauvorhaben bedeuten. Zudem wären die Parteien gezwungen, sämtliche Umstände, die sich – auch nur mit geringer Wahrscheinlichkeit – in Zukunft verändern

---

<sup>947</sup> Urteil des BGH vom 26.04.1962 – VII ZR 82/61, ZfBR 1986; 230; Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II Nr. 3.

<sup>948</sup> Urteil des RG vom 22.01.1918 – II 304/17, juris; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 62.

<sup>949</sup> Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2b).

<sup>950</sup> Urteil des BGH vom 22.01.1993 – V ZR 165/91, NJW 1993, 1641, 1642; Urteil des BGH vom 22.01.1993 – V ZR 165/92, NJW 1993, 1641, 1642; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 61.

<sup>951</sup> Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

<sup>952</sup> Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

<sup>953</sup> Urteil des OLG Hamm vom 11.06.1985 – 21 U 114/84, BauR 1986, 718, 719.

könnten, vertraglich und vor allem honorartechnisch zu berücksichtigen. Doch hierfür müssen die Parteien bei Vertragsschluss zumindest Anhaltspunkte haben, die praktisch kaum vorliegen werden. Schließlich dienen die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage der Einzelfallgerechtigkeit, wobei die Unzumutbarkeit anhand des jeweiligen Sachverhalts zu bemessen ist („wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten“), so dass Honoraranpassungen nicht pauschal für ganze Berufsgruppen ab einem gewissen Umfang des Vertragsgegenstandes versagt werden können.

### III. *Rechtsfolge: Honoraranpassung*

868 Bei Vorliegen einer Störung der Geschäftsgrundlage ist der Vertrag anzupassen, soweit **dem von der Veränderung der Umstände Betroffenen das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist**. Hierin unterscheiden sich vertragliche Ansprüche auf Aufwendungsersatz wesentlich von einem Anspruch auf Honoraranpassung nach § 313 Abs. 1 BGB. Bei vertraglichen Ansprüchen werden dem Auftragnehmer sämtliche Mehraufwendungen (ggf. ab Überschreitung der vereinbarten Bauzeit) erstattet (hierzu ausführlich *Rdnr. 662 ff.*). Da jedoch die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage Ausdruck der Vertragsgerechtigkeit sind und der Auftragnehmer vertraglich das Risiko einer Mengenabweichung übernommen hat, werden die ihm wegen Bauablaufstörungen entstandenen **Mehraufwendungen nur bis zu einem zumutbaren Maß erstattet**. Denn der Auftragnehmer erhält auch weiterhin die Vorteile der Pauschalvereinbarung bei Mengenunterschreitung, so dass er auch die Nachteile aus einer Mengenerhöhung zu tragen hat; jedoch nicht über die Opfergrenze hinaus.

### IV. *Darlegungs- und Beweislast*

869 Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Honoraranpassungsanspruchs trägt nach den allgemeinen Grundsätzen der Auftragnehmer<sup>954</sup>.

### V. *Durchsetzung der Vertragsanpassung*

870 Liegen die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB vor, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vertragsanpassung<sup>955</sup>. Dieser Anspruch kann gerichtlich geltend gemacht werden, indem der

---

<sup>954</sup> Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2c); Urteil des KG Berlin vom 31.03.2009 – 21 U 165/06 Abschnitt B I Nr. 2c (2d); Urteil des OLG Dresden vom 04.08.2005 – 9 U 738/04, Abschnitt II Nr. 3 unter Verweis auf Koeble, in: Locher/Koeble/Frik 2002, § 4 Rdnr. 97, nunmehr Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 7 Rdnr. 162; Schwenker/Schramm, Das Honorar des Architekten bei Verzögerung der Bauzeit, ZfIR 2005, 121, 126; Schwenker/Schramm, ZfIR 2005, 121, 127.

<sup>955</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 376; Urteil des BGH vom 12.05.2006 – V ZR 97/05, NJW 2006, 2843, 2845; Grüneberg, in: Palandt, § 313 Rdnr. 41.

Auftragnehmer eine formulierte Vertragsänderung zum Gegenstand einer Klage macht<sup>956</sup> oder ein Zahlungsurteil hinsichtlich des angepassten Honorars anstrebt<sup>957</sup>. Nachdem das Gericht die Angemessenheit der Höhe des Honorars geprüft hat, wird im Falle eines stattgebenden Urteils das Honorar sowie die Zustimmung zur Honoraranpassung nach § 894 ZPO und die Schriftlichkeit der Vereinbarung durch das Zahlungsurteil ersetzt werden<sup>958</sup>.

871

### ***Anforderungen an die Dokumentation***

#### ***Vereinbarungen über die vertragliche Risikoverteilung***

##### ***Eintritt von Bauablaufstörungen***

- *Ursache der jeweiligen Bauablaufstörung*
- *Kausaler Zusammenhang zwischen Ursache und Eintritt der Bauablaufstörung*
- *Folge der Bauablaufstörung für den weiteren Bauablauf*

##### ***Mehraufwendungen***

- *Auswirkungen der jeweiligen Bauablaufstörungen auf die vom Auftragnehmer zu erbringenden Grundleistungen*
- *Aufwendungen des Auftragnehmers für die von der Bauablaufstörung betroffenen Grundleistung*
- *Kausaler Zusammenhang zwischen den Kosten und der Bauablaufstörung*

#### ***B. Recht zur Vertragsauflösung nach § 313 Abs. 3 BGB***

Nach § 313 Abs. 3 BGB kann der Auftragnehmer sich vom Vertrag lösen, wenn eine Vertragsanpassung unmöglich (*Abschnitt 1*) oder unzumutbar (*Abschnitt 2*) ist. 872

Fraglich ist, ob bei Architekten- und Ingenieurverträgen eine Kündigung mit den Rechtsfolgen ex nunc oder der Rücktritt mit den Rechtsfolgen ex tunc einschlägig ist. Denn nach § 313 Abs. 3 873

---

<sup>956</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 131.

<sup>957</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 376.

<sup>958</sup> Urteil des BGH vom 22.12.2004 – VIII ZR 41/04, NZM 2005, 144, 146; Urteil des KG vom 05.10.2007 – 21 U 52/07, NZBau 2008, 180; Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 127 unter Verweis auf BT-Drucks. 14/6040 S. 176, dem diese Ausführungen nicht zu entnehmen sind.

Satz 3 BGB wird das Kündigungsrecht einzig für Dauerschuldverhältnisse gewährt, bei denen typischerweise fortlaufend neue Erfüllungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen<sup>959</sup>. Demgegenüber wird beim Architekten- und Ingenieurvertrag einmalig die Leistung über eine gewisse Dauer bzw. gestreckt erbracht<sup>960</sup>. Doch zur Wahrung der Parteiinteressen und den Schwierigkeiten, vor die die Parteien bei der Rückabwicklung von Architekten- und Ingenieurleistungen bei Bauvorhaben gestellt sind, ergibt sich das Bedürfnis, den Parteien das Kündigungsrecht auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag zu gewähren<sup>961</sup>. Sie sind daher nicht auf den Rücktritt beschränkt und können das Vertragsverhältnis auch für die Zukunft auflösen.

#### *I. Unmöglichkeit der Vertragsanpassung*

874 Unmöglich ist die Vertragsanpassung, **wenn sie von der Rechtsordnung verboten, undurchführbar oder sinnlos ist**<sup>962</sup>. Vertragsanpassungen bei Bauablaufstörungen im Rahmen von Architekten- und Ingenieurverträgen werden durch die Vorschriften der HOAI begrenzt (hierzu ausführlich *Rdnr. 532 ff.*). Daher dürfen die Honoraranpassungen über die Höchstsätze hinaus nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 HOAI für ungewöhnlich lang dauernde Leistungen erfüllt sein (hierzu ausführlich *Rdnr. 482 ff.*).

#### *II. Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung*

875 Teilweise wird vertreten, dass eine **Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung** vorliege, wenn die Prüfung des hypothetischen Parteiwillens ergibt, dass die Parteien eher eine Vertragsauflösung als eine Vertragsanpassung vereinbart hätten<sup>963</sup>. Begründet wird dies damit, dass die Vertragsaufhebung vielfach den Parteiinteressen gerechter werde als die einmischende Korrektur seitens des Richters, so dass an die Zumutbarkeitsprüfung geringe Anforderungen zu stellen seien<sup>964</sup>. Doch diese Auslegung widerspricht dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Norm. Denn § 313 BGB wurde aus den Gründen der Vertragsgerechtigkeit unter Heranziehung von § 242 BGB als Ausnahmetatbestand von dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* (Verträge müssen gehalten werden)<sup>965</sup> geschaffen. Außerdem kann die Heranziehung des hypothetischen Parteiwil-

---

<sup>959</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 31; Oetker, S. 134 ff.; Wirth, in: *Kor-bion/Mantscheff/Vygen, Einführung* Rdnr. 250.

<sup>960</sup> Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 31.

<sup>961</sup> Urteil des BGH vom 23.05.1996 – VII ZR 140/95, NJW-RR 1996, 1108, 1109; Urteil des BGH vom 20.06.1966 – VII ZR 40/64, NJW 1966, 1713; Urteil des BGH vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, § 649 Rdnr. 31; Glanzmann, in: RGRK, § 649 Rdnr. 17 zur Existenz eines außerordentlichen Kündigungsrechtes.

<sup>962</sup> Grüneberg, in: Palandt, § 313 Rdnr. 42.

<sup>963</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 117.

<sup>964</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 117.

<sup>965</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 1 – 3.

lens weder auf dem Sinn und Zweck der Norm gestützt, noch aus dem Begriff der Unzumutbarkeit abgeleitet, werden. Unberührt von § 311 BGB bleibt das Recht der Parteien den Vertrag einvernehmlich nach § 311 Abs. 1 BGB aufzulösen<sup>966</sup>. Eine Vertragsauflösung, die tiefer in die Privatautonomie eingreift als dessen Anpassung<sup>967</sup>, kann daher erst nachrangig erfolgen<sup>968</sup> und kommt somit nur dann in Betracht, wenn eine Anpassung nicht möglich ist oder **das Festhalten am angepassten Vertrag für eine Vertragspartei ein mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarendes Ausmaß erreicht**. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei aufgrund des Ausnahmecharakters der Norm hohe Anforderungen zu stellen sind.

Des Weiteren wird teilweise angenommen, dass eine Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung vorliegt, wenn **der nicht benachteiligte Vertragspartner (hier: Auftraggeber) eine Vertragsanpassung verweigert**<sup>969</sup>. Ansonsten sei der Auftragnehmer verpflichtet, bis zur Erwirkung eines gerichtlichen Urteils die Arbeiten zu den alten Bedingungen zu Ende führen<sup>970</sup>. Doch auch dies kann weder aus dem Wortlaut der Norm, noch aus dessen Sinn und Zweck abgeleitet werden. Vielmehr widerspricht dies dem Gedanken der Vertragsgerechtigkeit und Stufenverhältnis des § 313 BGB, das grundsätzlich von einer Vertragsanpassung ausgeht und nur in eng begrenzten Fällen eine Vertragsauflösung vorsieht. Im Übrigen bleibt es dem Auftragnehmer überlassen, seinen Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen<sup>971</sup>. 876

Gegenüber den Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB müssen daher gewichtige Umstände hinzutreten, die im Einzelfall eine Unzumutbarkeit begründen und zur Vertragsauflösung berechtigen. Daher liegen die Voraussetzungen erst vor, **wenn durch die Weigerung das erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört oder wenigstens der Anpassungsanspruch missbräuchlich verschleppt oder vereitelt worden ist**<sup>972</sup>. Denn nur dies wird dem Ausnahmecharakter der Norm gerecht. 877

---

<sup>966</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 375.

<sup>967</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 375.

<sup>968</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 375; Hohloch, in: Erman, § 313 Rdnr. 44; Medicus/Stürner, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 313 Rdnr. 25.

<sup>969</sup> Urteil des BGH vom 21.11.1968 – VII ZR 89/66, NJW 1969, 233, 234.

<sup>970</sup> Urteil des BGH vom 21.11.1968 – VII ZR 89/66, NJW 1969, 233, 234.

<sup>971</sup> Urteil des BGH vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 375; Grüneberg, in: Palandt, § 313 Rdnr. 42.

<sup>972</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar BGB, § 313 Rdnr. 119; Krebs, in: Anwaltkommentar, § 313 Rdnr. 83.

## Zusammenfassung und Résumé

878 Die Ansprüche und Rechte des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen gelten bekanntermaßen als undurchsichtig und unsystematisch. Damit der mit der Objektüberwachung Betraute den größtmöglichen Ausgleich für die negative Entwicklung seiner Kalkulation wegen eingetretener Bauablaufstörungen erhält, sind **drei Kernpunkte** zu beachten:

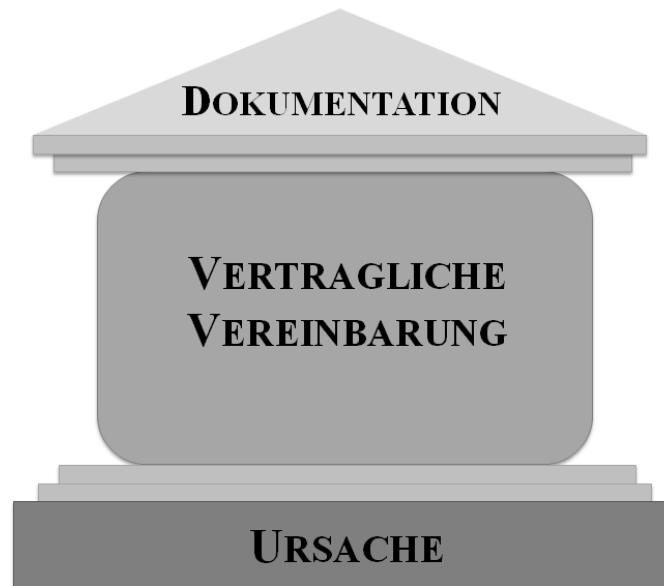


Abbildung 21: Kernpunkte zur Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen

879 Grundlage der Beurteilung sind stets die **Ursachen der jeweiligen Bauablaufstörungen**, da jede ihre eigene rechtliche Bewertung zur Folge hat. Dies gilt insbesondere für Mehrleistungen aus Änderungen und Erweiterungen des Leistungsziels und -umfangs, als eine der häufigsten Ursachen von Bauablaufstörungen, die nur in einem eng begrenzten Ermessensspielraum vertraglich geregelt werden können.

880 Der Auftragnehmer sollte außerdem stets gehalten sein, eine **vertragliche Vereinbarung über den Eintritt von Bauablaufstörungen** zu schließen. Entweder in Form einer Honoraranpassungsklausel, wobei hier – zur Vermeidung einer Unwirksamkeit nach den Normen der HOAI – kein konkretes Honorar, sondern lediglich die Berechnungsparameter bestimmt werden sollten, oder als Aufwendungsersatzanspruch, um die durch Bauablaufstörungen zusätzlich entstehenden Aufwendungen erstattet verlangen zu können. Denn der Ordnungsgeber der HOAI hat seine Bestrebung, das Honorar von den tatsächlichen Kosten abzukoppeln, schließlich mit der 6. HOAI-Novelle 2009 vollständig umgesetzt, um die Vertragsparteien zu einvernehmlichen Regelungen zu veranlassen.



Soweit vertragliche Regelungen nicht getroffen werden, führt die Vereinbarung eines Pauschalhonorars dazu, dass grundsätzlich sämtliche Aufwendungen des Auftragnehmers, die er zur Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung benötigt, vom Pauschalhonorar abgedeckt sind. Begrenzt wird dies lediglich durch die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage, wonach eine Vertragsanpassung erst erfolgt, wenn die durch Bauablaufstörungen entstandenen Mehraufwendungen ein Maß erreicht haben, wonach für den Auftragnehmer das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist. Auch werden bei Vorliegen der Voraussetzungen die Mehraufwendungen lediglich auf ein zumutbares Maß begrenzt und nicht sämtlich erstattet. 881

Damit der Auftragnehmer Ansprüche und Rechte wegen Bauablaufstörungen durchsetzen kann, muss er die jeweiligen Voraussetzungen der Vertragsklausel oder gesetzlichen Norm darlegen und beweisen. Doch hierzu ist er umso schlechter in der Lage, je weiter das Bauvorhaben fortgeschritten ist und je weniger er die für die Ansprüche und Rechte relevanten Umstände dokumentiert hat. Hinzutritt, dass der Auftragnehmer bei Bauablaufstörungen, die durch ein Unterlassen erforderlicher Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers entstehen, eine bauablaufbezogene Darstellung vornehmen muss, die ihn nach Abschluss des Bauvorhabens zunehmend vor weitere Herausforderungen stellt. Und auch bei der Vereinbarung eines Aufwendungserstattungsanspruchs muss der Auftragnehmer die Aufwendungen, die kausal durch den Eintritt der Bauablaufstörungen entstanden sind, dokumentieren. Dies ist für ihn ohne eine zeitgemäße, umfangreiche und systematische Dokumentation kaum zu bewerkstelligen. Über allen Ansprüchen steht daher eine zwingende **Dokumentationspflicht** des Auftragnehmers. 882

## LITERATURVERZEICHNIS

- |                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Althaus/Heindl      | Althaus, Dr. Stefan<br>Heindl, Ass. Jur. Christian A.<br>Der öffentliche Bauauftrag, 2. Auflage 2013                                                                                                                                                                                                                               |
| Anwaltkommentar BGB | Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Band 2/1, §§ 241 – 610, 2. Auflage 2012                                                                                                                                                                                                                                                               |
| ARIN                | Forschungsinstitut Freie Berufe (FFB)<br>Bearbeitet von<br>Prof. Dr. Joachim Merz<br>Prof. Dr. Harald Herrmann<br>Dipl.-Kffr. Meike Schnell<br>Dipl.-Volksw. Rafael Rucha<br>Rechtliche Rahmenbedingungen für Architekten- und Ingenieurleistungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Abschlussbericht vom 11.03.2011 |
| Arlt/Hartmann       | Arlt, Joachim<br>Hartmann, Rainer<br>Die neue Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 2002                                                                                                                                                                                                                                  |
| Armbrüster/Bickert  | Armbrüster, Dr. Christian<br>Bickert, Elmar<br>Unzulängliche Mitwirkung des Auftraggebers beim Bau- und Architektenvertrag, NZBau 2006, S. 153 – 160                                                                                                                                                                               |

|                |                                                                                                                                                                                                 |
|----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Bamberger/Roth | <p>Bamberger, Dr. Heinz Georg</p> <p>Roth, Dr. Herbert</p> <p>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,</p> <p>Band 1 §§ 1 – 610, 3. Auflage 2012</p> <p>Band 2 §§ 611 – 1296, 3. Auflage 2012</p> |
| Baumgärtel     | <p>Baumgärtel, Gottfried</p> <p>Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2,</p> <p>2. Auflage 1984</p>                                                                                      |
| BeckOK BGB     | <p>Bamberger, Dr. Heinz Georg</p> <p>Roth, Dr. Herbert</p> <p>Beck'scher Onlinekommentar BGB,</p> <p>Stand: 01.02.2015, Edition 34</p>                                                          |
| BeckOK VOB/B   | <p>Preussner, Prof. Dr. Mathias</p> <p>Kandel, Roland</p> <p>Jansen, Günther</p> <p>Beck'scher Onlinekommentar VOB/B,</p> <p>Stand: 01.12.2014, Edition 17</p>                                  |
| Beigel         | <p>Beigel, Herbert</p> <p>Zum Anspruch des Architekten gem. § 649 S. 2</p> <p>BGB nach Kündigung des Architektenvertrages</p> <p>durch den Bauherrn, BauR 1997, S. 783 – 792</p>                |
| Berger/Fuchs   | <p>Dr. Andreas Berger</p> <p>Dr. Heiko Fuchs</p> <p>Einführung in die HOAI, Praxiswissen Architek-</p> <p>tenrecht, 4. Auflage 2013</p>                                                         |

|                     |                                                                                                                                                                                                                                 |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Berger/Fuchs 2012   | Dr. Andreas Berger<br>Dr. Heiko Fuchs<br>Einführung in die HOAI, Praxiswissen Architektenrecht, 3. Auflage 2012                                                                                                                 |
| Bindhardt/Jagenburg | Bindhardt, Dr. Walther<br>Jagenburg, Dr. Walter<br>Die Haftung des Architekten und seine strafrechtliche Verantwortung, 8. Auflage 1981                                                                                         |
| Boettcher           | Boettcher, Max<br>Praxisrelevante Probleme der Änderungsplanung, BauR 2000, S. 792 – 800                                                                                                                                        |
| Boldt               | Boldt, Antje<br>Bauverzögerungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers: Ist § 6 Nr. 6 VOB/B bedeutungslos? BauR 2006, S. 185 – 202                                                                                    |
| Börgmann            | Börgmann, Manfred<br>Die Zusatzvergütung des Planers nach § 21 HOAI, BauR 1994, S. 707 – 712                                                                                                                                    |
| Deckers             | Deckers, Dr. Stefan<br>Berechnung des Architektenhonorars in besonderen Fällen, NZBau 2011, 390 – 394<br>Die Überschreitung der Höchstsätze der HOAI durch Honorarvereinbarung und ihre Rechtsfolgen, BauR 2008, S. 1801 – 1806 |

|                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Drittler                                                                                                  | <p data-bbox="703 188 975 219">Drittler, Dr. Matthias</p> <p data-bbox="703 255 1353 448">Freie Kündigung: Ersparte Kosten sind grundsätzlich als tatsächliche Kosten abzuziehen – Mit Anmerkungen zum BGH-Urteil „Müllbunker“ vom 22.9.2005, BauR 2006, S. 1215 – 1221</p> <p data-bbox="703 483 1353 568">Freie Kündigung: Ist Wagnis ersparter Aufwand?, IBR 2006, 1</p> |
| Engler                                                                                                    | <p data-bbox="703 604 1091 636">Engler, Prof. Dr.-Ing. Michael</p> <p data-bbox="703 672 1332 810">Bauzeitverhinderung: Wie könnte eine angemessene Entschädigung aussehen?, IBR 2013, 1221 Rdnr. 15</p>                                                                                                                                                                    |
| Erman                                                                                                     | <p data-bbox="703 846 1337 936">Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band 1 §§ 1 – 758, 14. Auflage 2014</p>                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Fischer                                                                                                   | <p data-bbox="703 972 879 1003">Fischer, Peter</p> <p data-bbox="703 1039 1348 1285">Recht des Auftraggebers zur Anordnung von Planungsänderungen und zusätzliche Honoraransprüche des Architekten, in: Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, 2010, S. 327 – 335</p>                                                                                          |
| <p data-bbox="225 1321 438 1352">Franke/Kemper/</p> <p data-bbox="225 1375 470 1411">Zahner/Grünhagen</p> | <p data-bbox="703 1321 952 1352">Franke, Prof. Horst</p> <p data-bbox="703 1388 879 1420">Kemper, Ralf</p> <p data-bbox="703 1456 1000 1487">Zanner, Prof. Christian</p> <p data-bbox="703 1523 975 1554">Grünhagen, Matthias</p> <p data-bbox="703 1590 1160 1630">VOB-Kommentar, 5. Auflage 2013</p>                                                                      |
| FS Craushaar                                                                                              | <p data-bbox="703 1666 1326 1756">Festschrift für Götz Craushaar zum 65. Geburtstag, 1997</p> <p data-bbox="703 1792 922 1823">Quack, Friedrich</p> <p data-bbox="703 1859 1348 1944">Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach § 649 Satz 2 BGB, S. 309 – 316</p>                                                                                                      |

|              |                                                                                                                                                                                                                                                            |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FS Jagenburg | <p>Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, 2002</p> <p>Messerschmidt, Burkhard</p> <p>Die Mehraufwendungen des Architekten bei verlängerter Bauzeit, S. 607 – 620</p>                                                                         |
| FS Jochem    | <p>Architektenrecht aktuell – Verantwortung und Vergütung bei Architektenleistungen: Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Rudolf Jochem, 2014</p> <p>Bröker, Jörn</p> <p>Die Honorierung von Planungsänderungen nach der HOAI 2009, S. 25 – 39</p> |
| FS Koeble    | <p>Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, 2010</p> <p>Saerbeck, Klaus</p> <p>Die Vergütung von Änderungsleistungen nach der HOAI 2009, S. 471 – 488</p>                                                                                       |
| FS Korbion   | <p>Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18.06.1986, 1986</p> <p>Olshausen, Hans Gustav</p> <p>Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf, S. 349 – 356</p>                     |
| FS Locher    | <p>Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, 1990</p> <p>Vygen, Prof. Dr. Klaus</p> <p>Leistungsänderungen und Zusatzleistungen beim Pauschalvertrag, S. 263 – 288</p>                                                                              |

|                         |                                                                                                                                                                                                   |
|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Fuchs                   | <p>Fuchs, Dr. Heiko</p> <p>Honorarmanagement statt „HOAI-Hängematte“, NZBau 2010, 671 – 676</p>                                                                                                   |
| Fuchs/Berger/Seifert    | <p>Fuchs, Dr. Heiko</p> <p>Berger, Dr. Andreas</p> <p>Seifert, Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert</p> <p>HOAI 2013 – Eine Annäherung, Teil 1: Allgemeiner Teil der HOAI, NZBau 2013, S. 729 – 742</p> |
| Genschow/Stelter        | <p>Genschow, Claus</p> <p>Stelter, Oliver</p> <p>Störungen im Bauablauf, Problemlösungen – Schritt für Schritt – an einem Praxisbeispiel dargestellt, 2004</p>                                    |
| Glatzel/Hofmann/Frikell | <p>Hofmann, Dr. Olaf</p> <p>Frikell, Eckhard</p> <p>Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Auflage, Stamsried 2008</p>                                                                               |
| Glöckner                | <p>Glöckner, Prof. Dr. Jochen</p> <p>§ 642 BGB – Tatbestand und Rechtsfolgen im System des Leistungsstörungsrechts, BauR 2014 S. 368 – 381</p>                                                    |
| Grimme                  | <p>Grimme, Dr. Rainer</p> <p>Die einverständliche Herabsetzung des Leistungsumfanges beim Pauschalpreisvertrag, MDR 1989, S. 20 – 22</p>                                                          |
| Grimme                  | <p>Grimme, Rainer</p> <p>Die einverständliche Herabsetzung des Leistungsumfanges beim Pauschalpreisvertrag, MDR 1989, S. 20 – 22</p>                                                              |

|                       |                                                                                                                                                    |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Gross                 | Gross, Dr. Heinrich<br><br>Ausgewählte Fragen zu § 4 HOAI, BauR 1980, S. 9 – 20                                                                    |
| Hartmann              | Hartmann, Rainer<br><br>HOAI 2013, Band 2, 2013                                                                                                    |
| Heiermann/Riedl/Rusam | Heiermann, Wolfgang<br><br>Riedl, Richard<br><br>Rusam, Martin<br><br>Handkommentar zur VOB, 13. Auflage 2012                                      |
| Heinle                | Heinle, Joachim<br><br>Ansprüche des Architekten bei Bauzeitverlängerung, Zum Schattendasein des § 642 BGB, BauR 1992, S. 428 – 433                |
| Herig                 | Herig, Norbert<br><br>Praxiskommentar VOB Teile A, B, C, 5. Auflage 2013                                                                           |
| Heyer                 | Heyer, Dr. Karl<br><br>Die rechtlich spezifische und individuelle Repräsentanz im Pauschalvertrag, besonders in Bausachen, BauR 1983, S. 297 – 312 |
| Ingenstau/Korbion     | Ingenstau, Heinz<br><br>Korbion, Hermann<br><br>VOB Teile A und B Kommentar, 19. Auflage 2015                                                      |
| Irmeler               | HOAI-Praktikerkommentar, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 1. Auflage 2011                                                            |
| Jagenburg             | Jagenburg, Walter<br><br>Die HOAI im Spiegel der Rechtsprechung, BauR 1988, S. 155 – 163                                                           |



|                          |                                                                                                                                 |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Jahrbuch Baurecht        | Jahrbuch Baurecht                                                                                                               |
|                          | 1. Jahrgang 1998                                                                                                                |
|                          | 3. Jahrgang 2000                                                                                                                |
|                          | 9. Jahrgang 2006                                                                                                                |
| Jansen                   | Jansen, Günter                                                                                                                  |
|                          | Abnahme und Abrechnung nach Kündigung,<br>BauR 2011, 371 – 378                                                                  |
| Jauernig                 | Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage<br>2014                                                                          |
| Jochem/Kaufhold          | HOAI-Kommentar zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 5. Auflage 2012                                               |
| Kapellmann               | Kapellmann, Prof. Dr. Klaus D.                                                                                                  |
|                          | Die erforderliche Mitwirkung nach § 642, § 6 VI<br>VOB/B – Vertragspflichten und keine Obliegenheiten, NZBau 2011, S. 193 – 198 |
| Kapellmann/Messerschmidt | Kapellmann, Prof. Dr. Klaus D.                                                                                                  |
|                          | Messerschmidt, Prof. Dr. Burkhard                                                                                               |
|                          | VOB Teile A und B, 4. Auflage 2013                                                                                              |
| Kapellmann/Schiffers     | Kapellmann, Prof. Dr. Klaus D.                                                                                                  |
|                          | Schiffers, Univ.-Prof. Dr.-Ing. Karl-Heinz                                                                                      |
|                          | Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen<br>beim Bauvertrag, Band 1, 6. Auflage, Köln 2011                                   |
|                          | Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen<br>beim Bauvertrag, Band 2, 5. Auflage 2011                                         |
| Kapellmann/Schiffers     | Kapellmann, Prof. Dr. Klaus D.                                                                                                  |
| 4. Auflage               | Schiffers, Univ.-Prof. Dr.-Ing. Karl-Heinz                                                                                      |
|                          | Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen<br>beim Bauvertrag, Band 1, 4. Auflage 2000                                         |

|                      |                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Kapellmann/Schiffers | Kapellmann, Prof. Dr. Klaus D.                                                                                                                                                                                                   |
| 2. Auflage           | Schiffers, Univ.-Prof. Dr.-Ing. Karl-Heinz                                                                                                                                                                                       |
|                      | Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen<br>beim Bauvertrag, Band 2, 2. Auflage 1997                                                                                                                                          |
| Kimmisch             | Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers<br>bei streitigen Nachträgen, BauR 2009, S. 1494 –<br>1506                                                                                                                        |
| Kirberger            | Kirberger, Dr. Petra                                                                                                                                                                                                             |
|                      | Teilkündigung, BauR 2011, S. 343 – 352                                                                                                                                                                                           |
| Kleine-Möller        | Kleine-Möller, Dr. Nils                                                                                                                                                                                                          |
|                      | Die Haftung des Auftraggebers gegenüber einem<br>behinderten Nachfolge-Unternehmer, NZBau<br>2000, S. 401 – 405                                                                                                                  |
| Kniffka              | Kniffka, Prof. Dr. Rolf                                                                                                                                                                                                          |
|                      | Offene Fragen zu § 648a BGB                                                                                                                                                                                                      |
|                      | BauR 2007, S. 246 – 254                                                                                                                                                                                                          |
| Kniffka, IBR-OK      | Kniffka, Prof. Dr. Rolf                                                                                                                                                                                                          |
|                      | Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2011,<br>Online-Kommentar zu den Grundzügen des ge-<br>setzlichen Bauvertragsrechts (§§ 631 - 651 BGB)<br>unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspre-<br>chung des Bundesgerichtshofs |
|                      | Stand: 30.09.2011                                                                                                                                                                                                                |
| Kniffka/Koeble       | Kniffka, Rolf                                                                                                                                                                                                                    |
|                      | Koeble, Wolfgang                                                                                                                                                                                                                 |
|                      | Kompodium des Baurechts, Privates Baurecht<br>und Baupraxis, 3. Auflage 2008                                                                                                                                                     |

|                                  |                                                                                                                                                   |
|----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Koeble                           | Honorarvereinbarung und Höchst- bzw. Mindestpreischarakter der HOAI, BauR 1977, S. 372 – 379                                                      |
| Koeble/Zahn                      | Koeble, Dr. Wolfgang<br>Zahn, Dr. Alexander<br>Die neue HOAI 2013, Text – Erläuterung - Synopse, 2013                                             |
| Korbion/Mantscheff/Vygen         | Korbion, Hermann<br>Mantscheff, Dipl.-Ing. Jack<br>Vygen, Dr. jur. Klaus<br>Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), 8. Auflage 2013 |
| Korbion/Mantscheff/Vygen<br>2009 | Korbion, Hermann<br>Mantscheff, Dipl.-Ing. Jack<br>Vygen, Dr. jur. Klaus<br>Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), 7. Auflage 2009 |
| Korbion/Mantscheff/Vygen<br>2004 | Korbion, Hermann<br>Mantscheff, Dipl.-Ing. Jack<br>Vygen, Dr. jur. Klaus<br>Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), 6. Auflage 2004 |
| Kraus                            | Ansprüche des Auftragnehmers bei einem durch Vorunternehmer verursachten Baustillstand, BauR 1986, S. 17 – 28                                     |

Kues/Kaminsky

Kues, Jarl-Hendrik LL.M.

Kaminsky, Stephan

Druck auf den Auftraggeber: Leistungsverweigerungsrechte des Auftragnehmers bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Nachträgen, BauR 2008, S. 1368 – 1379

Kues/Lüders

Kues, Jarl-Hendrik LL.M.

Lüders, Jochen

Die Behandlung von Allgemeinen Geschäftskosten bei gestörten Bauabläufen, BauR 2012, S. 1847 – 1857

Kuffer

Kuffer, Dr. Johann

Leistungsverweigerungsrecht bei verweigerten Nachtragsverhandlungen, ZfBR 2004, S. 110 – 117

Lang

Lang, Dr. Arno

„Die Teilkündigung“ BauR 2006, S. 1956 – 1961

Lasnicker/Schwirtzek

Lasnicker, Dr. Frank

Schwirtzek, Thomas

Zum Anwendungsbereich des § 20 HOAI, BauR 2000, S. 56 – 61

Lederer/Heymann

Lederer, Dr. M.-Maximilian

Heymann, Dipl.-Ing. (TU) Klaus

HOAI - Honorarmanagement bei Architekten- und Ingenieurverträgen, 3. Auflage 2011

Leidig/Hürter

Leidig, Alexander

Hürter, Daniel

Die Entziehung des Auftrags hinsichtlich in sich abgeschlossener Teile der vertraglichen Leistung nach § 8 Nr. 3 I 2 VOB/B, NZBau 2009, S. 106 – 111

Leinemann

Leinemann, Prof. Dr. Ralf

VOB/B-Kommentar, 4. Auflage 2010

VOB-Bauvertrag: Leistungsverweigerungsrecht des Bauunternehmers wegen fehlender Nachtragsbeauftragung?, NJW 1998, S. 3672 – 3677

Der Nebel lichtet sich: Erste Rechtsprechung zu § 648a BGB, NJW 1997, S. 238 – 240

Die Ermittlung und Berechnung von Ansprüchen aus gestörtem Bauablauf, NZBau 2009, S. 624 – 629

Leupertz

Leupertz, Stefan

Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht, BauR 2010, S. 1999 – 2008

Locher/Koeble/Frik

Locher, Prof. Dr. Ulrich

Koeble, Dr. Wolfgang

Zahn, Dr. Alexander

Kommentar zur HOAI, Vertrag, Honorar, Haftung, 12. Auflage 2014

Locher/Koeble/Frik 2012

Locher, Prof. Dr. Ulrich

Koeble, Dr. Wolfgang

Frik, Werner

Kommentar zur HOAI, Vertrag, Honorar, Haftung, 11. Auflage 2012

|                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Löffelmann/Fleischmann      | <p>Löffelmann, Prof. Peter</p> <p>Architektenrecht, Praxishandbuch zu Honorar und Haftung, 6. Auflage 2012</p>                                                                                                                                                                                |
| Löffelmann/Fleischmann 2007 | <p>Löffelmann, Prof. Peter</p> <p>Architektenrecht, Praxishandbuch zu Honorar und Haftung, 5. Auflage 2007</p>                                                                                                                                                                                |
| Markus/Kaiser/Kapellmann    | <p>Markus, Dr. Jochen</p> <p>Kaiser, Dr. Stefan</p> <p>Kapellmann, Dr. Susanne</p> <p>AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 3. Auflage 2011</p>                                                                                                                                                   |
| Messerschmidt               | <p>Messerschmidt, Prof. Dr. Buckhard</p> <p>Von der 6. zur 7. HOAI-Novelle 2013, Neue Honorarregelungen bei Bauen im Bestand und bei Planungsänderungen, BauR 2014, S. 359 – 368</p> <p>Architekten- und Ingenieurhonorar bei Planungs- und Bauzeitverlängerung, NZBau 2007, S. 746 – 750</p> |
| Messerschmidt/Voit          | <p>Messerschmidt, Prof. Dr. Buckhard</p> <p>Voit, Prof. Dr. Wolfgang Voit</p> <p>Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, 2. Auflage 2012</p>                                                                                                                                          |
| Meurer                      | <p>Meurer, Karsten</p> <p>Änderungsbefugnis des Bauherrn im Architekten- oder Planungsvertrag? BauR 2004, S. 904 – 909</p>                                                                                                                                                                    |
| Miegel                      | <p>Miegel, Jürgen</p> <p>Die Haftung des Architekten für höhere Baukosten sowie fehlerhafte und unterlassene Kostenermittlung, 1995</p>                                                                                                                                                       |

|                         |                                                                                                                                                |
|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Morlock/Meurer          | Morlock, Alfred                                                                                                                                |
|                         | Meurer, Karsten                                                                                                                                |
|                         | Die HOAI in der Praxis, 9. Auflage 2014                                                                                                        |
| Motzke                  | Motzke, Prof. Dr. Gerd                                                                                                                         |
|                         | Die Architektur des Architekten-/Planervertrages<br>– Der Verlust eines Leistungsbildes?, BauR 1999,<br>S. 1251 – 1269                         |
|                         | Zusatzhonorare und Honoraränderungen – Über-<br>legungen zu einem Honorar-<br>Nachtragsmanagement des Architekten, NZBau<br>2010, S. 137 – 144 |
| Motzke/Wolff            | Motzke, Prof. Dr. Gerd                                                                                                                         |
|                         | Wolff, Dipl.-Ing. Rainer                                                                                                                       |
|                         | Praxis der HOAI, Leitfaden für Architekten und<br>Ingenieure, Sachverständige, Bauherren und deren<br>Berater, 3. Auflage 2004                 |
| Münchener Kommentar BGB | Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage<br>2012                                                                                                |
|                         | Band I, §§ 1 – 240                                                                                                                             |
|                         | Band II, §§ 241 – 432                                                                                                                          |
|                         | Band III, §§ 433 – 610                                                                                                                         |
|                         | Band IV, §§ 611 – 704                                                                                                                          |
| Mugdan                  | Mugdan                                                                                                                                         |
|                         | Die gesammelten Materialien des bürgerlichen<br>Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, Band<br>I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil   |
|                         | Band II, Recht der Schuldverhältnisse                                                                                                          |

|                                     |                                                                                                                                                                                                                            |
|-------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Neuenfeld/Baden/<br>Dohna/Groscurth | Neuenfeld, Dr. Klaus<br>Baden, Dr. Eberhard<br>Dohna, Inge Gräfin<br>Groscurth, Dr. Eberhard<br>Handbuch des Architektenrechts, 3. Auflage, 16.<br>Lieferung<br>Stand: Dezember 2010                                       |
| Neuenfeld                           | Neuenfeld, Klaus<br>Probleme der Leistungsphasen 8 und 9 des § 15<br>HOAI, BauR 1981, S. 436 – 445                                                                                                                         |
| Nicklisch/Weick                     | Nicklisch, Dr. jur. Fritz<br>Weick, Dr. jur. Günter<br>VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil<br>B, 3. Auflage 2001                                                                                                 |
| Oetker                              | Oetker, Hartmut<br>Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung<br>– Bestandsaufnahme und kritische Würdigung<br>einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik,<br>1994                                                |
| Olshausen                           | Olshausen, Hans-Gustav<br>Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf, in:<br>Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Ge-<br>burtstag am 18. Juni 1986, S. 323 - 336                                                        |
| Orlowski                            | Orlowski, Dr. Matthias<br>Im Dutzend billiger II – Fünf Jahre zur Bewäh-<br>rung? – Zwölf Eckpunkte zur sechsten Novelle<br>der Honorarordnung für Architekten und Ingeni-<br>eure vom 11.08.2009, ZfBR 2009, S. 723 – 730 |



|                                        |                                                                                                                                                                                                    |
|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Osenbrück, 4. Auflage                  | Osenbrück, Wolf<br><br>Die RBBau, Erläuterungen der Richtlinien und Muster zur Vertragsgestaltung mit freiberuflich Tätigen am Beispiel des Vertragsmusters Technische Ausrüstung, 4. Auflage 2003 |
| Osenbrück, 3. Auflage                  | Osenbrück, Wolf<br><br>Die RBBau, Erläuterungen der Richtlinien und Muster zur Vertragsgestaltung mit freiberuflich Tätigen am Beispiel des Vertragsmusters Technische Ausrüstung, 3. Auflage 1997 |
| Palandt                                | Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage 2015                                                                                                                                                 |
| Palandt, 61. Auflage                   | Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage 2002                                                                                                                                                 |
| Pauly                                  | Mehrvergütungsansprüche des Architekten wegen verlängerter Bauzeit, MDR 2010, S. 487 – 489                                                                                                         |
| Pioch                                  | Pioch, Christian<br><br>Die Darlegungs- und Beweislast bei Bauzeitnachträgen aus Sicht des Auftragnehmers, IBR 2015, 1037                                                                          |
| Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath             | Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure, 9. Auflage 2011                                                                                                        |
| Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, 8. Auflage | Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure, 8. Auflage 2006                                                                                                        |

Preussner

Preussner, Prof. Dr. Mathias

Der Honoraranspruch des Architekten bei Bauzeitverlängerung, BauR 2006, S. 203 – 207

Die Leistungspflichten des Architekten, wenn eine konkrete Leistungsbeschreibung fehlt, BauR 2006, S. 898 – 905

Ändernde Anordnungen und die HOAI 2009, in: Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, 2010, S. 465 – 488

Die Ermittlung des Architektenhonorars: Leistungsbezogen oder preisdämpfend?, NJW 2011, S. 1713 – 1716

Prütting/Wegen/Weinreich

Prütting, Prof. Dr. Hanns

Wegen, Prof. Dr. Gerhard LL.M. (Harvard)

Weinreich, Gerd

BGB Kommentar, 7. Auflage 2012

Rath/Voigt

Rath, Heike,

Voigt, Dipl.-Ing. Matthias Voigt

Die Honorierung von Planungsänderungen (2), BauR 2009, S. 385 – 393

Reister

Reister, Prof. Dr.-Ing. Dirk

Dokumentation und Visualisierung gestörter Bauabläufe, Skript zum Darmstädter Baubetriebsseminar 2013/2014

RGRK

Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes,

Band 2, Teil 1 §§ 241 – 413, 12. Auflage 1976

Band 2, Teil 4, §§ 631 – 811, 12. Auflage 1978

|                           |                                                                                                                                                               |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Roquette/Viering/Leupertz | <p>Roquette, Andreas J. LL.M.</p> <p>Vierig, Dr.-Ing. Markus G.</p> <p>Leupertz, Prof. Stefan</p> <p>Handbuch Bauzeit, 2. Auflage 2013</p>                    |
| Roskosny/Bolz             | <p>Roskosny, Sigrid</p> <p>Bolz, Stephan</p> <p>Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB und seine Berechnung, BauR 2006, S. 1804 – 1816</p> |
| Sangenstedt               | <p>Sangenstedt, Dr. Hans Rudolf</p> <p>Zur Abänderbarkeit von Honorarvereinbarungen nach der HOAI, BauR 1991, 292 – 295</p>                                   |
| Schellhammer              | <p>Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsg Grundlagen, samt BGB Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2008</p>                                                       |
| Schilder                  | <p>Schilder, Dr. Hendrik</p> <p>Die Liquidation von „Behinderungsschäden“ über § 642 BGB, BauR 2007, S. 450 – 457</p>                                         |
| Schmalzl                  | <p>Schmalzl, Dr. Max</p> <p>Zur Rechtsnatur des Architektenvertrages nach der neuen Rechtsprechung, BauR 1977, S. 80 – 84</p>                                 |
| Schmidt                   | <p>Schmidt, Jörg</p> <p>Wie sind Planungsänderungen zu honorieren? BauR 2000, S. 51 – 55</p>                                                                  |
| Scholtissek               | <p>Scholtissek, Friedrich-Karl</p> <p>HOAI-Kommentar, 2. Auflage 2014</p>                                                                                     |

|                   |                                                                                             |
|-------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| Schramm/Schwenker | Schramm, Prof. Dr.-Ing. Clemens                                                             |
|                   | Schwenker, Hans Christian                                                                   |
|                   | Störungen der Architekten- und Ingenieurleistungen, 2008                                    |
|                   | Die Vergütung des Architekten und Ingenieurs bei Bauzeitverlängerungen, ZfBR 2008, S. 3 – 8 |
| Schwenker/Schramm | Das Honorar des Architekten bei Verzögerung der Bauzeit, ZfIR 2005, S. 121 – 128            |
|                   | Hans Christian Schwenker                                                                    |
|                   | Prof. Dr.-Ing. Clemens Schramm                                                              |
|                   | Das Honorar des Architekten bei Verzögerung der Bauzeit, ZfIR 2005, S. 121 – 125            |
| Seifert           | Seifert, Dipl.-Ing. Werner                                                                  |
|                   | Zusatzhonorar bei geänderten/zusätzlichen Architektenleistungen, BauR 2014, S. 330 – 340    |
| Seufert           | Seufert, Roland                                                                             |
|                   | HOAI 2009 – Zum Wegfall des § 21 HOAI a. F., IBR 2011, 1002                                 |
| Siemon/Averhaus   | Siemon, Dipl.-Ing. Klaus D.                                                                 |
|                   | Averhaus, Dr. Ralf                                                                          |
|                   | Die HOAI 2013 verstehen und richtig anwenden, 3. Auflage 2013                               |
| Sienz             | Sienz, Christian                                                                            |
|                   | Die Anwendung des § 642 BGB in der Praxis, BauR 2014, S. 390 – 394                          |
| Simmendinger      | Simmendinger, Dipl.-Ing. (FH) Heinz                                                         |
|                   | Die „Anderen Leistungen“ nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI, IBR 2010, 1235                        |

Soergel

Soergel, Dr. Hs. Th.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104 – 240, März  
1999

Band 5/2, Schuldrecht 3/2, §§ 320 – 327, Frühjahr  
2005

Band 4/1, Schuldrecht 3/1, §§ 516 – 651, 1997

Specht/Buchholz

Specht, Dr.-Ing. Manfred Specht,

Buchholz, Dr. Wolfgang

Technische Bearbeitung: Mehrvergütung bei Pla-  
nungsänderungen für den bauausführenden Unter-  
nehmer bei Großbauvorhaben? BauR 2006, S. 18  
– 31

Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit  
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse,

§§ 311, 311a, 312, 312a–i (Vertragsschluss), 2013

§§ 315 – 326 (Leistungsstörungenrecht 2), 2009

§§ 631 – 651 (Werkvertragsrecht), 2014

§§ 631 – 651 (Werkvertragsrecht), Berlin 2014

Steege

Steege, Frank

Praxiskommentar HOAI, Das Vergütungsrecht  
der Architekten und Ingenieure, 2009

Steiner

Steiner, Martin

Kommentierung des Urteils des BGH vom  
10.05.2007 – VII ZR 288/05, IBR 2007, 494

Stemmer

Stemmer, Michael

Neue HOAI – neue Fragestellungen, IBR 2010,  
1461

|                       |                                                                                                                                                                                        |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sturmberg             | <p>Sturmberg, Georg</p> <p>§ 648a BGB – über das Ziel hinaus? Entspricht die neue Vergütungssicherung den Anforderungen der Vertragspraxis?, BauR 1994, S. 57 – 67</p>                 |
| Thode                 | <p>Thode, Prof. Dr. Reinhold</p> <p>Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag, Eine kritische Bestandsaufnahme, ZfBR 2004, S. 214 - 225</p>                                |
| Thode/Wirth/Kuffer    | <p>Thode, Prof. Dr. Reinhold</p> <p>Wirth, Prof. Dr. Axel</p> <p>Kuffer, Dr. Johann</p> <p>Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architekten-recht, 2004</p>                               |
| Ulmer/Brandner/Hensen | <p>AGB-Recht, 11. Auflage 2011</p>                                                                                                                                                     |
| Virneburg             | <p>Virneburg, Dr. Herwart</p> <p>Wann kann der Auftragnehmer die Arbeit wegen verweigerter Nachträge einstellen? – Risiken einer Verweigerungsstrategie –, ZfBR 2004, S. 419 – 423</p> |
| Vogel                 | <p>Vogel, Dr. A. Olrik</p> <p>Die gesetzlichen Kündigungstatbestände - Ausübung, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, BauR 2011, S. 313 – 330</p>                                         |

|                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Wygen                       | Wygen, Prof. Dr. Klaus<br><br>Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei Änderungen des Bauentwurfs gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B oder Anordnung von zusätzlichen Leistungen gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B? BauR 2005, S. 431 – 433<br><br>Der Vergütungsanspruch beim Pauschalvertrag, BauR 1979, S. 375 – 384 |
| Wygen/Joussen/Schubert/Lang | Wygen, Prof. Dr. Klaus<br><br>Joussen, Dr. Edgar<br><br>Schubert, Univ.-Prof. Dr.-Ing. Eberhard<br><br>Lang, Prof. Dr.-Ing. Andreas<br><br>Bauverzögerung und Leistungsänderung, Rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen, 6. Auflage 2011                                             |
| Wank                        | Wank, Prof. Dr. Rolf,<br><br>Die Auslegung von Gesetzen, 5. Auflage 2011                                                                                                                                                                                                                                |
| Werner                      | Werner, Dr. Ulrich<br><br>Die „stufenweise Beauftragung“ des Architekten, BauR 1992, 695 – 700                                                                                                                                                                                                          |
| Werner/Pastor               | Werner, Prof. Dr. Ulrich<br><br>Pastor, Dr. Walter<br><br>Der Bauprozess, Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 15. Auflage 2015                                                                                                                                                |
| Werner/Pastor, 12. Auflage  | Werner, Prof. Dr. Ulrich<br><br>Pastor, Dr. Walter<br><br>Der Bauprozess, Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 12. Auflage 2008                                                                                                                                                |

Werner/Siegburg

Werner, Prof. Dr. Ulrich Werner,  
Siegburg, Frank

HOAI 2009: Die anrechenbaren Kosten als Dreh- und Angelpunkt des Honorars des Architekten, in: Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag 2010, S. 585 – 602

Die neue HOAI 2013 – Unter besonderer Berücksichtigung der Gebäudeplanung, BauR 2013, S. 1499 – 1582

Wikipedia

[www.wikipedia.de](http://www.wikipedia.de); Wikipedia  
– Die freie Enzyklopädie

Wilhelm/Götze

Wilhelm, Ernst

Götze, Dr. Stephan

Bauzeit- und kostenrechtliche Behandlung von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen, NZBau 2010, S. 721 – 726

Wolf/Lindacher/Pfeiffer

Wolf, Prof. Dr. Manfred

Lindacher, Prof. Dr. Walter F.

Prof. Dr. Thomas Pfeiffer,

AGB-Recht, 6. Auflage 2013